



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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. 629/C5/357

Data: 26.03.2021

Prin contestația nr. 831/P/19.02.2021, transmisă inițial prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin curierat rapid, înregistrată la Consiliu sub nr. 8639/19.02.2021 și, respectiv, sub nr. 8812/22.02.2021, I.I. cu sediul în sat ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., a contestat adresa nr. 2167/11.02.2021, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de reofertare în vederea încheierii unor contracte subsecvente aferente acordurilor-cadru de furnizare, atribuite în urma publicării în SEAP a anunțului de participare nr. ... [„licitație deschisă”, online, cu etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Furnizarea și distribuția merelor, laptelui, produselor lactate și produselor de panificație pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, pentru anii școlari 2018-2022”], **lot 3** – „(...) Zona 1 Vaslui”, **lot 4** – „(...) Zona 2 Bârlad”, **lot 5** – „(...) zona 3 Huși”, cod CPV 15811000-6 (Rev.2), inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., ... și a solicitat următoarele:

- anularea comunicării rezultatului procedurii cu privire la lotul 3 - Zona 1 Vaslui - Mere, lotul 4 - Zona 3 Bârlad - Mere, lotul 5 - Zona 3 Huși cu nr. 2167/11.02.2021, referitor la încheiere contracte subsecvente;

- obligarea autorității contractante să țină cont de procesele-verbale ale ședinței de deschidere a ofertelor, astfel: procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor lot 3 - Zona 1 Vaslui - Mere cu nr.

1069/21.01.2021, proces-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor lot 4 - Zona 2 Bârlad - Mere cu nr. 1070/21.01.2021 și proces-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor lot 5 - Zona 3 Huși - Mere cu nr. 1071/21.01.2021.

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

În susținerea contestației sale, autoarea acesteia arată că are calitatea de promitent-furnizor în cadrul acordurilor-cadru nr. 1659/05.02.2019 pentru lot 3 Zona 1 Vaslui - Mere, nr. 1661/05.02.2019 pentru lot 4 - Zona 2 Bârlad - Mere și nr. 1663/05.02.2019 lot 5 Zona 3 Huși - Mere, semnate în urma finalizării procedurii de atribuire prin licitație deschisă, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1004691/29.09.2018, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: *„Furnizarea și distribuția merelor, laptelui, produselor lactate și produselor de panificație pentru preșcolari din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, pentru anii școlari 2018-2022”*, pentru lot 3 - zona 1 Vaslui - Mere, lot 4 - Zona 2 Bârlad - Mere și lot 5 - Zona 3 Huși - Mere.

I.I. menționează că a furnizat și distribuit mere în grădinițele și școlile primare și gimnaziale din în baza următoarelor contracte subsecvente: nr. 1955/11.02.2019, nr. 1952/ 11.02.2019, nr. 1954/11.02.2019, nr. 13413/30.08.2019, nr. 13415/ 30.08.2019, nr. 13416/30.08.2019, nr. 21280/31.12.2019, nr. 21281/ 31.12.2019 și nr. 21282/ 31.12.2019. Toate aceste contracte subsecvente s-au derulat în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire.

Contestatoarea precizează că, în conformitate cu pct. IV.1.3 Informații privind un acord-cadru sau un sistem dinamic de achiziții din fișa de date a achiziției, în data de 15.01.2021 a primit invitațiile la reofertare pentru încheierea unor contracte subsecvente aferente semestrului II - an școlar 2020-2021 pentru lotul 3 - Zona 1 Vaslui-Mere cu nr. 757/15.01.2021, pentru lotul 4 - Zona 2 Bârlad - Mere cu nr. 759/15.01.2021 și pentru lotul 5 - Zona 3 Huși - Mere cu nr. 762/15.01.2021, prin care a fost invitată, ca până la data de 21.01.2021, ora 11:00 să depună ofertele în plic închis, la sediul autorității contractante. Ulterior transmiterii invitațiilor la reofertare emise în data de 15.01.2021, prin adresa nr. 948 din 19.01.2021, adresă pe care autoritatea contractantă a omis să o menționeze în adresa nr. 2167/11.02.2021 (reprezentând comunicarea rezultatului procedurii), ... a solicitat I.I. să transmită prin e-mail sau poștă următoarele documente:

- Copia documentului constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de autoritatea contractantă DGASPC Botoșani;
- Sentința civilă nr. 437/13.08.2020, emisă de Tribunal Bacău.

I.I. susține că a răspuns solicitărilor autorității contractante, prin adresa nr. 819/P/20.01.2021, comunicând documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, emis de DGASPC Botoșani.

În ceea ce privește sentința civilă nr. 437/13.08.2020, emisă de Tribunalul Bacău, contestatoarea, fără a refuza transmiterea acesteia, a solicitat autorității contractante, cu prioritate, comunicarea motivelor unei astfel de solicitări, având în vedere că, litigiul finalizat prin pronunțarea hotărârii judecătorești mai sus arătată, nu a vizat anularea unui document constatator sau cenzura instanței de judecată cu privire la una din situațiile prevăzute de art. 164-167 din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea a arătat că, sentința civilă nr. 437/31.08.2020 a Tribunalului Bacău vizează raporturi contractuale străine de acordul-cadru încheiat cu autoritatea contractantă -, unele informații conținute de aceasta având caracter potențial confidențial, în conformitate cu prevederile din Legea nr. 677/2001. De asemenea, I.I. a precizat că, în litigiul în care s-a pronunțat sentința civilă cu nr. 437/31.08.2020 a Tribunalului Bacău, nu s-a contestat niciun document constatator pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale emis de Consiliul Județean Bacău. Contestatoarea precizează că, autoritatea contractantă considerându-se lămurită și apreciind suficiente clarificările ofertantului I.I., a continuat procedura de reofertare pentru atribuirea contractelor subsecvente pe semestrul II - an școlar 2020-2021 pentru lotul 3 - Zona 1 Vaslui - Mere cu nr. 757/15.01.2021, lotul 4 - Zona 2 Bârlad - Mere cu nr. 759/15.01.2021 și lotul 5 - Zona 3 Huși - Mere cu nr. 762/15.01.2021, iar în data de 21.01.2021, ora 11:30 când a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, propunerile financiare depuse de către I.I. au fost acceptate, fiind clasate pe locul II pentru lot 3 - Zona 1 Vaslui - Mere și pe locul I, pentru lot 4 - Zona 2 Bârlad - Mere și pentru lot 5 - Zona 3 Huși, informații consemnate și în procesele-verbale cu nr. 1069/21.01.2021, nr. 1070/21.01.2021 și nr. 1071/21.01.2021.

Cu toate acestea, deși autoritatea contractantă a constatat, în urma analizei adresei nr. 819/P/20.01.2021, că nu există motive de excludere întemeiate pe dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, drept pentru care ofertele depuse de către operatorul economic I.I. au fost acceptate la procedura de reofertare pentru atribuirea contractelor subsecvente pe semestrul II - an școlar 2020-2021 în cadrul Programului pentru școli al României, ..., prin adresa nr. 1247 din 25.01.2021 a solicitat alte clarificări ofertantului I.I. cu termenul limită de transmitere a răspunsurilor - 28.01.2021.

Autoritatea contractantă a arătat că, în urma verificării, în SEAP, a documentelor constatatoare privind ofertanții participanți la reluarea competiției pentru atribuirea contractelor subsecvente privind furnizarea și distribuția merelor pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, Zona 1 Vaslui, pe semestrul II al anului școlar 2020 - 2021, lot 3,

lot 4 și lot 5, s-au identificat 3 documente constatatoare referitoare la modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale de către operatorul economic I.I.:

- Document constatator nr. 15486/20.05.2019 emis de Universitatea Babeș – Bolyai;

- Document constatator nr. 23829/02.08.2019 emis de Direcția de Asistență Socială - Municipiul Iași și Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani;

Autoritatea contractantă a solicitat operatorului economic I.I. să prezinte punctul de vedere referitor la cele 3 documente constatatoare, însoțit de dovezi concrete.

I.I. susține că a răspuns în termen, prin adresa nr. 820/P/28.01.2021, reproducând în cuprinsul contestației, integral, răspunsul său.

Contestatoarea subliniază că, în urma analizei răspunsului său a considerat că, în conținutul acestuia sunt anumite inadvertențe raportându-se la certificatele de grefă atașate în dovedirea credibilității prin raportare la motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g), invocând și lipsa sentinței civile nr. 437/2020 a Tribunalului Bacău, inițial solicitată prin adresa nr. 948/19.01.2021. Autoritatea contractantă a apreciat, de asemenea că, I.I. nu a făcut dovada suspendării celor trei documente constatatoare, opinând că, acestea sunt executorii și produc efecte.

În aceeași ordine de idei, contestatoarea arată că nu a făcut nicio referire la celelalte dovezi prezentate de operatorul economic în vederea demonstrării credibilității prin raportare la motivele de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nu a avut în vedere decizia nr. 224/C5/2748 a CNSC și nici cea a Curții de Apel Galați, decizia nr. 553 din 11.08.2020 pronunțată în dosarul nr. 441/44/2020 prin care a fost tranșată, în mod definitiv, o situație identică.

În considerarea celor de mai sus, autoritatea contractantă a solicitat noi clarificări ofertantului I.I. prin adresa nr. 1753/3.02.2021 prin care i s-a cerut punctual, de această dată, anumite înscrisuri, dar și punctul de vedere referitor la cele trei documente constatatoare publicate în SEAP. Ca element de noutate, autoritatea contractantă, în conținutul adresei nr. 1753/3.02.2021, explică motivele pentru care a solicitat transmiterea de către ofertantul I.I. a sentinței civile nr. 437/2020 a Tribunalului Bacău, dar și a deciziei nr. 244/2020 a Curții de Apel Bacău, pronunțată în dosarul nr. 1636/110/2020. Autoritatea contractantă arată că, cele două hotărâri judecătorești au legătură cu documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani, ajungând la această concluzie în urma identificării pe portaljust.ro a litigiului înregistrat sub nr. 1636/110/2020.

În acest sens, contestatoarea subliniază că pe portalul instanțelor de judecată, www.portaljust.ro, nu sunt expuse acte din dosar, astfel că, autoritatea contractantă nu ar fi avut cum, prin simpla interogare a

portalului, să constate că, litigiul cu nr. 1636/11/2020, înregistrat pe rolul Tribunalului Bacău, are legătură cu documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, care, de altfel, nu este publicat în SEAP. De asemenea, autoritatea contractantă nu ar fi avut posibilitatea, în urma consultării SEAP, să identifice documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, emis de DGASPC Botoșani, întrucât, cea din urmă autoritate contractantă a avut obligația, potrivit sentinței civile nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava, de a înlătura, în mod definitiv, publicarea documentului nr. 4579/25.02.2019 din SEAP.

Astfel, deși prezintă date cu caracter personal, prin adresa nr. 948/19.01.2021, autoritatea contractantă, anterior desfășurării procedurii de reofertare pentru atribuirea contractelor subsecvente pentru semestrul II, an școlar 2020/2021, a solicitat operatorului I.I., atât documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, emis de DGASPC Botoșani, cât și sentința civilă nr. 437/2020, pronunțată de Tribunalul Bacău.

Contestatoarea reiterează faptul că, această solicitare a venit în data de 19.01.2021, fără ca, autoritatea contractantă să înainteze vreo motivație sau să indice sursa acestor documente, care, potrivit legii puteau fi obținute de pe o platformă publică sau de la părțile implicate în litigiu.

Totodată, I.I. arată că documentul constatator inițial solicitat, nr. 4579/25.02.2019, emis de DGASPC Botoșani, nu era publicat în SEAP, iar sentința civilă nr. 437/2020, pronunțată de Tribunalul Bacău nu era publică, ci dimpotrivă, era protejată de Legea nr. 677/2001, unele informații conținute având caracter potențial confidențial. Astfel, alegațiile autorității contractante din conținutul adresei nr. 1753/3.02.2021 nu corespund adevărului, aceasta neavând posibilitatea ca, doar prin simpla interogare a SEAP, implicit a portaljust.ro să ia la cunoștință de documentul constatator nr. 4579 din 25.02.2019, emis de DGASPC Botoșani sau de sentința civilă nr. 437/2020 pronunțată de Tribunalul Bacău.

Drept urmare, contestatoarea opinează că aceste informații au parvenit autorității contractante, în mod nelegal, iar prin adresa nr. 948 din 19.01.2021, ... a încercat doar să acorde o aparență de legalitate demersului ce urma a-l întreprinde ulterior.

I.I. reiterează că adresa nr. 948/19.01.2021 este anterioară procedurii de reofertare din data de 21.01.2021, contestatoarea nu a fost exclusă de la procedura de reofertare, considerându-se, în urma răspunsului său nr. 819/P/20.01.2021, că nu există motive de excludere în lumina art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Ori, ulterior desfășurării ședinței de deschidere a ofertelor din data de 21.01.2021, ora 11:30, în care ofertele depuse de către I.I. s-au clasat, pe primul loc pentru loturile lot 4 - Zona 2 Bârlad - Mere și lot 5 - Zona 3 Huși - Mere, autoritatea contractantă, probabil nemulțumită de rezultat, a apreciat totuși că, se impun clarificări suplimentare fiind identificate alte două documente constatatoare în urma consultării SEAP.

I.I. consideră că, prin invocarea faptului că se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, abia după desfășurarea ședinței de deschidere a ofertelor depuse din data de 21.01.2021 și vizualizarea ofertelor financiare, autoritatea contractantă, încalcă, în mod flagrant art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, referitor la principiul nediscriminării, pentru a favoriza celălalt ofertant și a exclude din procedura de reofertare pe I.I.

În acest continuare, reproduce în mod identic răspunsul său nr. 825/P/5.02.2021, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 1913/5.02.2021, prezentat de aceasta ca urmare a solicitării de clarificări nr. 1753/03.02.2021 pe care a primit-o de la autoritatea contractantă.

I.I. arată că în urma analizei răspunsului său, transmis prin adresa nr. 825/P/5.02.2021, comisa de evaluare consideră că acesta nu prezintă dovezi concrete/concludente referitoare la starea actuală a celor 3 documente constatatoare (nr. 4579/25.02.2019, nr. 23829/02.08.2019 și nr. 15486/20.05.2019). Pentru a ajunge la această concluzie, comisia de evaluare a avut în vedere faptul că, cele trei documente constatatoare nu au fost suspendate de instanța de judecată, fiind executorii și producând astfel efecte.

De altfel, I.I. subliniază că nu a contestat faptul că cele trei documente constatatoare nu sunt suspendate. Deși documentele constatatoare au făcut obiectul cererilor de suspendare în fața instanței de judecată, acestea au fost respinse.

În susținerea afirmațiilor sale, autoritatea contractantă, face referire la mai multe spețe publicate pe site-ul <http://anap.gov.ro/> al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, în cadrul cărora se interpretează îndeplinirea condițiilor cumulative, prevăzute într-un document constatator. Autoritatea contractantă afirmă, potrivit speței nr. 758 publicată în biblioteca de spețe, fără a remite conținutul acesteia și soluția pronunțată, că, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

- Fie să-și fi încălcat, în mod grav, obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiat 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 sus - menționate.

Arată, de asemenea, autoritatea contractantă că, neîndeplinirea obligațiilor contractuale într-un contract de achiziții publice este sancționată de legislație, dacă se îndeplinesc condițiile cumulative, indiferent de obiectul contractului sau valoarea acestuia.

Referitor la concluziile autorității contractante, prin care, ofertantul I.I. a fost exclus din procedura de atribuire, contestatoarea solicită respingerea acestora, având în vedere următoarele considerente:

- Documentul constatator nr. 4579 din 25.02.2019, emis de DGASPC Botoșani a făcut obiectul analizei instanței de judecată, atât în dosarul cu nr. 2068/86/2019, cât și în dosarul cu nr. 2069/86/2019, înregistrate pe rolul Tribunalului Suceava. Cererea de suspendare a documentului constatator nr. 4579/25.02.2019, emis de DGASPC Botoșani, a făcut obiectul dosarului nr. 2069/86/2019 înregistrat pe rolul Tribunalului Suceava, fiind respinsă însă, ca neîntemeiată. (Sentința civilă nr. 561 din 10.09.2019 a Tribunalului Suceava, rămasă definitivă prin decizia nr. 962 din 17.12.2019 a Curții de Apel Suceava).

- Prin sentința civilă nr. 725/24.10.2019 a Tribunalului Suceava, rămasă definitivă prin decizia nr. 39 din 3.02.2020 a Curții de Apel Suceava, cererea operatorului economic I.I. a fost admisă în parte, autoritatea contractantă DGASPC Botoșani fiind obligată la retragerea documentului din SEAP.

- În conținutul documentului constatator nu au fost reținut daune interese sau prejudicii, motiv pentru care, simpla existență a acestuia, nu reprezintă, în accepțiunea art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, un motiv de excludere, nefiind îndeplinite, în mod cumulativ, condițiile prezentate mai sus, chiar de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește celelalte două documente constatatoare, I.I. subliniază că acestea sunt încă în procedura litigioasă, fiind supuse analizei instanțelor de judecată, astfel cum rezultă din documentele atașate răspunsurilor la clarificările solicitate de autoritatea contractantă.

Contestatoarea reiterează că cele două certificate de grefă au avut un conținut neclar, doar din cauza erorilor de tehnoredactare ale grefierei care le-a întocmit, în acest sens fiind eliberate alte două certificate de grefă, din care a rezultat și stadiul procesual actual al celor două contestații. Deși autoritatea contractantă afirmă că, cele două contestații au fost formulate la 5 luni distanță, I.I. subliniază că, în cadrul celor două litigii, ce vizează cele două documente constatatoare, nu a fost invocată de autoritatea contractantă emitentă, excepția tardivității, contestațiile fiind formulate în termen, potrivit Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ. De altfel, până la o soluție definitivă în acest sens, nu privește autoritatea contractantă în ce moment al termenului stabilit de Legea nr. 554/2004 s-au formulat contestațiile, atât timp cât au fost formulate în termen, nefiind invocate excepții în acest sens.

Referitor la afirmațiile autorității contractante, potrivit cărora, documentele constatatoare nu au fost suspendate, contestatoarea arată că, într-adevăr acestea nu sunt suspendate, însă nu pentru că nu s-ar fi solicitat în instanță aceste măsuri, ci pentru că, au fost respinse de instanța de judecată. Astfel, ambele documente constatatoare (nr. 15486 din 20.05.2019, emis de Universitatea Babeș Bolyai, cât și cel cu

nr. 23829 din 02.08.2019, emis de Direcția de Asistență Socială-Municipiul Iași) au făcut obiectul unor cereri de suspendare înregistrate pe rolul Tribunalului Suceava, însă au fost respinse în mod definitiv. (Dosar nr. 3627/86/2019 și dosar nr. 3626/86/2019).

Cu toate acestea, I.I. reiterează că documentele constatatoare invocate de autoritatea contractantă nu produc efecte juridice, acestea fiind, fie retrase din SEAP (documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, emis de DGASPC Botoșani), fie se află în plină procedura litigioasă. Astfel, potrivit prevederilor exprese și imperative prevăzute de art. 166 alin. (4) și (5) din HG nr. 395/2016 „(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 către 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/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.”

Contestatoarea opinează că din interpretarea logică a dispozițiilor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare nu se publică în SEAP, până la soluționarea definitivă a contestațiilor formulate împotriva acestora, fiind lăsate, astfel, în acest interval, fără eficacitate juridică. Legiuitorul a evitat astfel, tocmai apariția unor astfel de situații în sarcina operatorului economic, care, folosindu-se de posibilitatea legală de a contesta un document constatator nefavorabil, nu ar trebui să justifice existența acestuia până la pronunțarea unei soluții juridice în acest sens. De asemenea, legiuitorul a impus prin dispozițiile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, obligativitatea autorității contractante de a nu publica documentele constatatoare înainte de expirarea termenelor de contestație, tocmai pentru a nu afecta credibilitatea operatorului economic în relațiile sale contractuale cu alte autorități contractante.

Așadar, este firesc ca, până la soluționarea definitivă a cererilor înregistrate sub nr. 3624/86/2019 și nr. 3626/86/2019 pe rolul instanțelor de judecată, documentele constatatoare să nu-și producă efectele. Ori, dacă autoritățile contractante ar fi respectat dispozițiile legale prevăzute de art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și nu ar fi publicat înainte de termen cele două documente constatatoare, nici nu ar fi fost nevoie de soluții de suspendare (întrucât nu produceau efecte juridice, nu erau intrate în circuitul civil) a acestora și implicit de clarificări din partea operatorului economic. Doar prin publicarea în SEAP, documentele constatatoare intră în circuitul civil și își produc efectele juridice pentru care au fost întocmite, fiind firesc ca, până la soluționarea definitivă a cererilor ce le vizează, autoritatea contractantă să aprecieze că nu există motive de excludere, prin raportare la dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016.

I.I. consideră că orice soluție contrară ar încălca dispozițiile art. 166 alin. (4) și (5) din HG nr. 395/2016.

Mai mult, contestatoarea opinează că intenția clară a legiuitorului a fost de a lipsi de efecte juridice documentul constatator, prin lipsa publicării în SEAP, până la soluționarea contestațiilor care analizează tocmai legalitatea acestora.

În ceea ce privește necesitatea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, I.I. arată că într-adevăr, pentru ca un document constatator să reprezinte un motiv de excludere în accepțiunea dispozițiilor legale învederate, trebuie să îndeplinească, în mod cumulativ, și nu alternativ condițiile prevăzute, în mod imperativ, de lege. Deși prin expunerea sa, autoritatea contractantă susține că ar fi nevoie de îndeplinirea condițiilor, în mod alternativ, aceasta se contrazice, prin afirmația: *„neîndeplinirea obligațiilor contractuale într-un contract de achiziții publice, este sancționată de legislație, dacă se îndeplinesc condițiile cumulative, indiferent de obiectul contractului sau valoarea acestuia.”*

Contestatoarea mai arată că afirmațiile autorității contractante de la pagina 17 din adresa nr. 2167 din 11.02.2021 (actul atacat) vin în susținerea apărărilor sale, care în conținutul celor trei răspunsuri la clarificările solicitate, menționează că, potrivit practicii judiciare din materia achizițiilor publice, un document constatator pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, pentru a reprezenta un motiv de excludere în lumina art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, trebuie să îndeplinească, în mod cumulativ, condițiile prevăzute de lege.

Asemănător autorității contractante care a amintit spețe din Biblioteca de spețe publicată pe site-ul <http://anap.gov.ro/> al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, I.I. susține că a prezentat în apărarea sa, autorității contractante, două spețe, soluționate în mod definitiv, în sensul celor susținute de societatea sa, invocând în acest sens două decizii ale CNSC și una a Curții de Apel Galați.

Totodată, I.I. arată că pentru documentul constatator nr. 4579 din 25.02.2019, dar și pentru celelalte două documente constatatoare aflate în plină procedură judiciară, nu au fost solicitate plata de daune interese sau prejudicii, prin urmare nu sunt îndeplinite cumulativ, la nivel de contract/document constatator, condițiile de excludere din procedură, așa cum sunt definite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, contestatoarea susține că a atașat autorității contractante, în dovedire, print screen SEAP din care rezultă că, la data întocmirii răspunsurilor, nu există certificate constatatoare cu prejudicii pe numele operatorului I.I.

I.I. subliniază că simpla existență a unui document constatator, nu poate conduce la excluderea operatorului economic din procedura de atribuire sau denunțarea unilaterală a contractului și implicit la aplicarea dispozițiilor art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, fără a obliga autoritatea contractantă la verificarea temeinică a îndeplinirii cumulative a condițiilor enumerate, cu prezentare de dovezi clare, certe. (Mai ales în

situația în care nu au fost generate prejudicii pentru autoritatea contractantă).

Ținând cont de cele prezentate mai sus, raportat la documentele constatatoare invocate, I.I. consideră că nu se află sub incidența niciunei dispoziții legale, care ar putea conduce la concluzia că se impun măsuri față de operatorul economic declarat câștigător pentru loturile 3, 4 și 5.

În ceea ce privește spețele amintite de autoritatea contractantă în conținutul adresei nr. 2167/11.02.2021, contestatoarea apreciază că acestea nu pot fi primite ca practică judiciară, nefiind nominalizate, nu au elemente de identificare pentru conformitate. Chiar și așa, practica judiciară, inclusiv în situația celei prezentată de I.I., nu are caracter normativ, de lege, ci poate oferi doar o orientare juridică instanței jurisdicționale, care, în urma coroborării cu dispozițiile legale în materie, urmează a dispune.

I.I. apreciază, de asemenea, că urmează a se avea în vedere și argumentele sale referitoare la principiul proporționalității avut în vedere de Curtea Europeană de Justiție, atunci când a pronunțat Hotărârea Curții Europene de Justiție C-267/18, referitoare la motivele de excludere prezentate la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în care Curtea recomandă că atunci când se aplică motivele de excludere, trebuie să se țină cont de principiul proporționalității și de semnificația sintagmei „abatere profesională gravă”, care a fost definită la art. 101 al Directivei 2014/24. În acest sens, autoritatea contractantă poate face aplicarea dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, considerând dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea, în concret, a credibilității, urmând a nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. Astfel, în legislația națională privind achizițiile publice, la art. 167 alin. (1) lit. g) se menționează *„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”*.

Având în vedere faptul că legislația națională privind achizițiile publice este în consens și a fost preluată din legislația europeană, art. 167 alin. (1) lit. g) fiind preluat/similar cu art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24 a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, I.I. solicită să se aplice dispozițiile Hotărârii Curții Europene de Justiție C-267/18, referitoare la motivele de excludere prezentate la acest articol, în care Curtea recomandă că atunci când se aplică motivele de excludere, trebuie să se țină cont de principiul proporționalității și ce înseamnă „abaterea profesională gravă”, care a fost definită la art. 101 al Directivei 2014/24.

În baza principiului proporționalității, care recomandă că „Factorii de evaluare nu trebuie să fie disproporționați în raport cu scopurile urmărite, sau față de cerințele de calificare/selecție”, contestatoarea subliniază că documentele constatatoare la care se face referire au fost eliberate pentru contracte de achiziție publică care s-au derulat pentru un alt tip de activitate/obiect de activitate, decât cel pentru care s-au atribuit contractele subsecvente și cu valori mult mai mici decât al prezentei proceduri.

I.I. susține că pentru contracte cu activități similare de furnizare fructe în cadrul Programului pentru școli al României, și-a îndeplinit obligațiile contractuale, drept pentru care invocă documentele constatatoare eliberate de autoritățile contractante, care au fost beneficiare în cadrul Programului de furnizare fructe în școli și I.I. a avut calitatea de prestator-furnizor. Ori, ținând cont de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în baza principiului proporționalității, contestatoarea învederează că are publicate un număr de 279 de documente constatatoare, atât în noul SEAP-SICAP, cât și în vechiul SEAP, din care rezultă că în proporție de peste 98% din contractele de achiziție publică au fost onorate. Procentul de 98% se referă strict la numărul de documente publicate în SEAP, nu și la volumul activităților prestate sau valoarea contractelor respective.

Totodată, I.I. subliniază că, din conținutul celor 3 documente constatatoare la care face referire, nu rezultă faptul că autoritățile contractante au înregistrat prejudicii.

Mai mult, contestatoarea solicită să se țină cont de faptul că acestea au fost eliberate în anul 2019 perioada ianuarie-august, când prețul la produsele agroalimentare a crescut foarte mult, fapt care poate fi verificat din statistica anului respectiv, nu se găseau pe piață și a întâmpinat greutăți în aprovizionarea cu legume și fructe, fapt care s-a reflectat și în derularea contractelor în acea perioadă. Drept dovadă stă faptul că până în anul 2019 și din toamna acestuia de la noua recoltă, și, ulterior în anul 2020, I.I. nu a întâmpinat probleme în activitatea de distribuție produse către autoritățile contractante și nu a avut documente constatatoare negative.

Contestatoarea mai subliniază că a furnizat fructe în școlile din în cadrul contractelor subsecvente nr. 1, nr. 2, nr. 3 și nr.4, activitatea de distribuție desfășurându-se conform condițiilor contractuale și nu au fost constatate abateri profesionale care ar fi putut prejudicia desfășurarea contractelor în bune condiții.

În plus, I.I. învederează că în anul școlar 2018/2019 și 2019/2020 a avut în derulare contracte de furnizare fructe-mere pentru preșcolari și elevii din învățământul primar și gimnazial din, contracte care au fost finalizate, nu s-au constatat abateri profesionale sau alte încălcări ale clauzelor contractuale, autoritatea contractantă beneficiară fiind, Ori, dat fiind faptul că I.I. a avut încheiate contracte de furnizare fructe în școli cu autoritatea contractantă, contracte care s-au desfășurat și au fost finalizate în conformitate cu

cerințele din documentația de atribuire, contestatoarea opinează că membrii comisiei de evaluare ar fi putut aprecia obiectiv, prin prisma colaborării avute în cadrul acestui program, că I.I. este un operator care respectă clauzele contractuale și cerințele din documentația de atribuire în cadrul unei proceduri de achiziție publică. I.I. consideră că prin invocarea faptului că se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, abia după desfășurarea ședinței de deschidere a ofertelor depuse din data de 21.01.2021 și vizualizarea ofertelor financiare, autoritatea contractantă, încalcă, în mod flagrant art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, referitor la principiul nediscriminării, pentru a favoriza celălalt ofertant și a exclude din procedură de reofertare pe I.I.

Contestatoarea reiterează că documentele constatatoare, la care face referire autoritatea contractantă, nu îndeplinesc cumulativ condițiile de excludere din procedură, așa cum sunt prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 831/P/19.02.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 8812/22.02.2020, I.I. a comunicat, în original, recipisa de consemnare nr. 206845198/1 din 19.02.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Suceava, în valoare de 14.344,71 lei.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 8850/22.02.2021, ... a înaintat referatul de necesitate nr. 671/15.01.2021, privind atribuirea contractelor subsecvente de furnizare și distribuție a merelor, laptelui, produselor lactate și produselor de panificație, pe sem. II an școlar 2020-2021, în cadrul Programului pentru școli al României pe anii 2017-2023.

Prin adresa nr. 8960/357/C5/23.02.2021, Consiliul a solicitat I.I., înaintarea dovezii comunicării contestației către autoritatea contractantă, precum și a dovezii datei la care a luat cunoștință de actele atacate.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 8991/23.02.2021, I.I. a confirmat primirea adresei nr. 8960/357/C5/23.02.2021.

Prin adresa nr. 834/P/23.02.2021, înaintată, inițial, prin fax, mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, prin curierat rapid, înregistrată la CNSC sub nr. 9029/23.02.2021, nr. 9131/23.02.2021 și, respectiv, sub nr. 9276/24.02.2021, I.I. a transmis dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă.

Prin corespondența, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, prin fax, înregistrată la CNSC sub nr. 9373/24.02.2021 și, respectiv, sub nr. 9588/22.02.2021, I.I. a înaintat dovada datei la care a luat la cunoștință de actul atacat.

Prin adresa nr. 9595/357/C5/25.02.2021, Consiliul a solicitat autorității contractante, înaintarea dosarului achiziției publice, a ofertei contestatoarei, a punctului de vedere, a dovezii privind transmiterea punctului de vedere către contestatoare, precum și a dovezii privind publicarea în SEAP a contestației.

Prin adresa nr. 3073/01.03.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 10215/02.03.2021, ... a înaintat un punct de vedere cu privire la contestația depusă de I.I.

Autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii, arătând următoarele:

- Contestatoarea nu a prezentat dovezi legale concrete, care să arate că cele trei documente constatatoare (nr. 4579/25.02.2019, nr. 23829/02.08.2019 și nr. 15486/20.05.2019) sunt suspendate.

- Cele două documente constatatoare (nr. 23829/02.08.2019 și nr. 15486/20.05.2019) sunt publicate în SEAP și produc efecte, sunt executorii, iar ofertantul I.I. nu face dovada legală a suspendării lor.

- Documentele constatatoare sunt calificate de lege ca acte administrative, iar până la desființarea lor de către instanță, acestea se bucură de prezumția de legalitate.

- Împotriva unui document constatator negativ se poate formula cerere de suspendare a efectelor sale, până la soluționarea fondului litigiului, respectiv până o instanță va stabili legalitatea sau nelegalitatea conținutului documentului constatator.

- Nici pentru documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, care este executoriu și produce efecte, I.I. nu face dovada legală a suspendării efectelor sale.

- Cele trei documente constatatoare produc efecte și îndeplinesc condițiile cumulative prevăzute de art. 166 alin. (8) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin HG nr. 395/2016.

- În mai multe spețe publicate pe site-ul <http://anap.gov.ro/> al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice se precizează cum se interpretează îndeplinirea condițiilor cumulative, prevăzute într-un document constatator.

- Astfel, în speța 758 publicată în Biblioteca de spețe, se menționează:

„Pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie:

- fie să-și fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiat anterior;*

- fie să-și fi încălcat în mod 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, încheiat 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 sus-menționate.”*

- Aceste precizări se regăsesc și în alte spețe publicate în Biblioteca de spețe, printre care menționează spețele 171, 135, 243, 1051.

- De asemenea, autoritatea contractantă subliniază că neîndeplinirea obligațiilor contractuale într-un contract de achiziții publice, este sancționată de legislație, dacă se îndeplinesc condițiile cumulative, indiferent de obiectul contractului sau valoarea acestuia.

- Astfel, comisia de evaluare a considerat că cele trei documente constatatoare, respectiv documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, emis de Direcția Generală De Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani, documentul constatator nr. 23829/02.08.2019, emis de Direcția de Asistență Socială - Municipiul Iași și documentul constatator nr. 15486/20.05.2019, emis de Universitatea Babeș - Bolyai, îndeplinesc condițiile cumulative și produc efecte și în prezent, atât timp cât nu au fost suspendate/anulate de o instanță.

- Totodată, comisia de evaluare a considerat că, prin solicitările de clarificări nr. 1247/25.01.2021 și nr. 1753/03.02.2021 a dat posibilitatea contestatoarei să prezinte dovezi legale concrete, referitoare la starea celor trei documente constatatoare. Ori, prin răspunsurile nr. 820/P/28.01.2021 și nr. 825/P/05.02.2021, I.I. nu face dovada legală a suspendării efectelor documentelor constatatoare respective, afirmând în răspunsul nr. 825/P/05.02.2021:

„Astfel cum am arătat și în adresele comunicate anterior autorității contractante, documentele constatatoare enumerate nu sunt suspendate, însă din punctul nostru de vedere, acestea nu sunt executorii și nici nu au fost la momentul semnării acordurilor-cadru din data 05.02.2019, cu Consiliu/Județean Vaslui.”

„Este firesc ca, până la soluționarea definitivă a cererilor înregistrate sub nr. 3624/86/2019 și nr. 3626/86/2019 pe rolul instanțelor de judecată, documentele constatatoare să nu-și producă efectele.

Dacă autoritățile contractante ar fi respectat dispozițiile legale prevăzute de art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și nu ar fi publicat înainte de termen cele două documente constatatoare, nici nu ar fi fost nevoie de soluții de suspendare (întrucât nu produceau efecte juridice, nu erau intrate în circuitul civil) a acestora și implicit de clarificări din partea operatorului economic. Doar prin publicarea în SEAP, documentele constatatoare intră în circuitul civil și își produc efectele juridice pentru care au fost întocmite, fiind firesc ca, până la soluționarea definitivă a cererilor ce le vizează, autoritatea contractantă să aprecieze că nu există motive de excludere prin raportare la dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016.”

„În ceea ce privește documentul constatator nr. 4579 din 25.02.2021 eliberat de DGASPC Botoșani, am arătat că, instanța de judecată a obligat în mod definitiv autoritatea contractantă de a retrage documentul constatator din SEAP, deși acesta nu a fost anulat”.

- Comisia de evaluare a considerat că prezentarea de către ofertant a punctului său de vedere și a aprecierilor referitoare la documentele constatatoare respective, nu sunt dovezi legale concrete ale suspendării efectelor documentelor constatatoare nr. 4579/25.02.2019, nr.

23829/02.08.2019 și nr. 15486/20.05.2019. De altfel, chiar I.I., afirmă că „documentele constatatoare enumerate nu sunt suspendate.”

- Autoritatea contractantă susține că în baza argumentelor prezentate mai sus a exclus I.I. din procedura de atribuire a contractelor subsecvente pe semestrul II - an școlar 2020- 2021: lot 3 - zona 1 Vaslui - Mere, lot 4 - zona 2 Bârlad - Mere, lot 5 - Zona 3 Huși - Mere, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

- consideră că decizia comisiei de evaluare de excludere a ofertantului I.I. este în conformitate cu prevederile legale în domeniul achizițiilor publice.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă arată că în paginile 5-6 și 35 din contestație, I.I. face afirmații neadevărate și precizează că referitor la contractele subsecvente nr. 1952/11.02.2019, nr. 1954/11.02.2019 și nr. 1955/11.02.2019, aferente semestrului II al anului școlar 2018-2019, a emis documentele constatatoare nr. 10660/12.07.2019, nr. 10661/12.07.2019 și nr. 10662/12.07.2021, documente care atestă că I.I. nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, în mod corespunzător, documente care au fost transmise către acesta în anul 2019, nefiind contestate/ suspendate/anulate.

- consideră că documentele invocate de contestatoare, respectiv decizia Curții de Apel Galați, care a confirmat decizia nr. 1197/C8/1161/15.07.2020 a CNSC, decizia nr. 224/C5/2748 a CNSC și Hotărârea Curții Europene de Justiție C-267/18, nu sunt relevante în acest caz. Contestatoarea prezintă pe larg texte din Hotărârea Curții Europene de Justiție C- 267/18, cu referire la „abatere profesională gravă” și „factori de evaluare” care nu sunt relevante, fiind vorba de o subcontractare fără acceptul autorității contractante, dar nu prezintă și concluzia din aceasta hotărâre:

„Pentru aceste motive, Curtea (Camera a patra) declară: Articolul 57 alineatul (4) litera g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că subcontractarea de către un operator economic a unei părți din lucrări în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, decisă fără consimțământul autorității contractante și care a condus la rezilierea acestui contract, constituie o deficiență semnificativă sau persistentă la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente contractului de achiziții publice menționat, în sensul dispoziției respective, și este, așadar, de natură să justifice excluderea acestui operator economic de la participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice ulterior dacă, după ce a procedat la propria evaluare a integrității și a fiabilității operatorului economic vizat de rezilierea contractului de achiziții publice anterior, autoritatea contractantă care organizează această procedură de achiziție publică ulterioară apreciază că o astfel de subcontractare determină ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză, înainte de a pronunța o astfel de excludere, autoritatea

contractantă trebuie însă, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea acestui operator economic să prezinte măsurile corective pe care le-a adoptat ca urmare a rezilierii contractului de achiziții publice anterior.”

- I.I. precizează de mai multe ori că din documentele constatatoare invocate nu rezultă că au fost solicitate daune-interese și consideră că numai în această situație se îndeplinesc condițiile cumulative prevăzute de legislație. Ori, după cum se poate observa, nici din Hotărârea Curții Europene de Justiție C- 267/18 - prezentată repetat de contestatoare ca argument, nu rezultă că în cauza respectivă au fost solicitate plata de daune-interese și totuși Curtea consideră că *„subcontractarea de către un operator economic a unei părți din lucrări în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, decisă fără consimțământul autorității contractante și care a condus la rezilierea acestui contract, constituie o deficiență semnificativă sau persistentă la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente contractului de achiziții publice menționat, în sensul dispoziției respective, și este, așadar, de natură să justifice excluderea acestui operator economic de la participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice ulterior”*.

- Așadar, autoritatea subliniază că, condiții cumulative nu înseamnă doar daune-interese, cum de altfel rezultă clar din art. 137 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, enumerarea nefiind limitativă, situațiile fiind prezentate cu titlu exemplificativ:

„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;”

- Referitor la procesele-verbale de deschidere a ofertelor nr. 1069/21.01.2021, lot 3 - Zona Vaslui-Mere, nr. 1070/21.01.2021, lot 4 - Zona Bârlad, nr. 1071/21.01.2021, lot 5 - Zona Huși, ... precizează, că informațiile cuprinse în procesul-verbal nu reprezintă informații analizate și evaluate, ci au un caracter informativ. Evaluarea ofertelor s-a făcut în cadrul procesului-verbal de evaluare a ofertelor nr. 1115/21.01.2021 și nr. 2164/11.02.2021.

- Autoritatea contractantă consideră că analizarea și evaluarea ofertelor s-a făcut, în conformitate cu prevederile legale în materie de achiziții publice, luând în considerare documentele și explicațiile prezentate de ofertantul I.I., ca răspuns la solicitările de clarificări ale comisiei de evaluare.

Prin adresa nr. 3285/04.03.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 11414/09.03.2021, ... arată că dosarul achiziției publice, punctul de vedere și dovada transmiterii către contestatoare au fost înaintate CNSC prin adresa nr. 3076/01.03.2021.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează că dovada transmiterii contestației se regăsește în dosarul achiziției publice la pagina 422, transmisă cu adresa nr. 2748/23.02.2021.

Având în vedere cererea I.I. de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 11086/357/C5/ 05.03.2021, contestatoarea a fost invitată, în acest sens, la data de 08.03.2021.

Prin corespondențele înregistrate la CNSC sub nr. 11208/08.03.2021 și nr. 11212/08.03.2021, contestatoarea a confirmat primirea adresei nr. 11086/357/C5/05.03.2021.

Prin adresa nr. 848/P/09.03.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 11547/09.03.2021, I.I. a depus concluzii scrise arătând următoarele:

Adresa de comunicare a rezultatului procedurii (lot 3 - Zona 1 Vaslui -Mere, lot 4 - Zona 3 Bârlad – Mere, lot 5 - Zona 3 Huși, înregistrată sub nr. 2167/11.02.2021), referitoare la încheierea contractelor subsecvente, a încălcat principiile de drept în domeniul achizițiilor publice din următoarele motive:

În procesul-verbal cu nr. 2164/11.02.2021, care reprezintă baza legală prin care s-a luat decizia de excludere a I.I. și în urma căreia a primit comunicarea rezultatului procedurii lot 3 - Zona 1 Vaslui – Mere, lot 4 - Zona 3 Bârlad – Mere, lot 5 - Zona 3 Huși cu nr. 2167/11.02.2021, referitor la încheiere contracte subsecvente, motivul de excludere invocat este: *„Comisia de evaluare consideră că prezentarea de către ofertant a punctului său de vedere și a aprecierilor referitoare la documentele constatatoare respective, nu sunt dovezi legale concrete ale suspendării efectelor documentelor constatatoare nr. 4579/25.02.2019, nr. 23829/02.08.2019 și nr. 15486/20.05.2019. Mai mult, din certificatele de grefă dosar 3624/86/2019 și 3626/86/2019 rezultă că ofertantul I.I. nu a solicitat suspendarea documentelor constatatoare nr. 23829/02.08.2019 și nr. 16486/20.05.2019”.*

Conform legislației în vigoare, aceste documente constatatoare se află în procedura de contestare, în momentul de față, iar până la o decizie finală a instanțelor de judecată nu pot produce efecte juridice drept pentru care, în mod legal nu ar fi trebuit să fie publicate în SEAP, până la data finalizării procedurii de contestare, conform prevederilor art. 166 alin. (4) și (5) din HG nr. 395/2016.

I.I. consideră că motivul invocat de autoritatea contractantă privind lipsa suspendării documentelor constatatoare nu are temei legal, deoarece legislația în domeniul achiziției nu prevede ca înainte de soluționarea contestațiilor să se solicite suspendarea documentelor constatatoare, care în fapt și în drept nu sunt definitive, având în vedere faptul că în prezent dosarele de soluționare se află pe rolul instanțelor de judecată.

De asemenea, I.I. arată că autoritatea contractantă, a început demersurile privind excluderea sa din procedură, în urma primirii adresei cu nr. 796/18.01.2021 de la ofertantul SRL, nu în urma studierii portalului SEAP, cum în mod eronat se afirmă în comunicarea rezultatului procedurii lot – 3 - Zona 1 Vaslui – Mere, lot 4-Zona 3 Bârlad – Mere, lot

5 - Zona 3 Huși, cu nr. 2167/11.02.2021, referitor la încheiere contracte subsecvente, nr. 2167/11.02.2021.

Totodată, contestatoarea precizează că din cuprinsul sesizării transmise autorității contractante de către SRL, rezultă că aceasta se eludează în atribuțiile comisiei de evaluare și impune acesteia ce fapte să întreprindă și ce măsuri să ia în privința excluderii din procedura de atribuire a contractelor subsecvente, a I.I. SRL indică autorității contractante să solicite *„documentul constatator cu nr. 4579/25.02.2019 emis de Direcția de Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani care, deși nu se regăsește în SEAP și nu îl deținem, a fost avut în vedere de către autoritatea contractantă Consiliul Județean Bacău și în baza acestuia a denunțat unilateral acordurile-cadru încheiate între aceasta și I.I.”*

În aceeași ordine de idei, I.I. sustine că în baza acestei sesizări, prin adresa cu nr. 948/19.01.2021 autoritatea contractantă i-a solicitat să prezinte copia documentului constatator nr. 4579/25.02.2019, emis de autoritatea contractantă, Direcția de Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani și sentința civilă nr. 437/13.08.2020, emisă de Tribunalul Bacău, fără să detalieze motivele în fapt și ce doresc să verifice.

- Contestatoarea arată că prin adresa cu nr. 819/P/20.01.2021 a pus la dispoziție documentul constatator solicitat, iar referitor la sentința civilă solicitată, fără a refuza, a rugat să fie prezentat motivul pentru care se solicită, ținând cont de faptul că hotărârea judecătorească conține date cu caracter potențial confidențial, în conformitate cu prevederile din Legea nr. 677/2001. I.I.....insistă pe faptul că sentința civilă nr. 437/31.08.2020 a Tribunalului Bacău viza raporturi contractuale străine de acordul-cadru încheiat cu autoritatea contractantă - Consiliul Județean Vaslui, iar obiectul cauzei nu viza contestarea unui document constatator pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale emis de Consiliul Județean Bacău.

- I.I.....menționează că în data de 21.01.2021 a participat la ședința de deschidere a ofertelor pentru atribuirea contractelor subsecvente, în cadrul căreia i-au fost acceptate propunerile financiare, fără să fie informat că se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

- Mai mult, contestatoarea învederează că în procesul-verbal cu nr. 1115/21.01.2021 de evaluare a ședinței de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă menționează următoarele: *„Ca urmare a verificării în SEAP s-au identificat următoarele documente constatatoare:*

Documentul constatator nr. 15486/20.05.2019 emis de Universitatea Babeș-Bolyai

Documentul constatator cu nr. 23829/02.08.2019 emis de Direcția de Asistență Socială - Municipiul Iași

Referitor la documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani.

Având în vedere cele de mai sus, s-a solicitat să prezinte punctul de vedere referitor la cele 3 documente constatatoare, însoțit de dovezi concrete"

- I.I. susține că în data de 28.01.2021 și 05.02.2021 a prezentat dovezile concrete pe care le-a întreprins în vederea procedurii de contestare a documentelor constatatoare pe care le invocă autoritatea contractantă, documente constatatoare care nu îndeplinesc condițiile cumulative prevăzute la art. 167 alin (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

- Mai mult, contestatoarea subliniază că în expunerea de motive din procesul-verbal cu nr. 2164/11.02.2021 al ședinței de evaluare a ofertelor și în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, comisia de evaluare declară faptul că a luat această decizie, deoarece I.I. nu a cerut suspendarea celor 3 documente.

- I.I. consideră că decizia este ilegală, deoarece în legislația în vigoare în domeniul achizițiilor publice nu este prevăzut ca înainte de procedura de contestație să se solicite suspendarea actului contestat. Conform art. 166 alin. (4) și (5), aceste documente ar fi trebuit publicate în SEAP abia după finalizare procedurii de contestare și în baza unor hotărâri judecătorești definitive.

- Un alt aspect subliniat de contestatoare este că dispozițiile art. 166 alin. (4) și (5) din HG nr. 395/2016, prin care este prevăzută obligativitatea autorităților contractante de a nu publica în SEAP documentele constatatoare până la finalizarea, în mod definitiv, a procedurii litigioase, vin în susținerea argumentelor sale legate de lipsa necesității suspendării documentelor constatatoare. HG nr. 395/2016 obligă autoritatea contractantă să nu publice documentul constatator în SEAP, pentru a nu intra în circuitul civil și produce efecte juridice. Dacă documentul constatator pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale nu este publicat în SEAP, atunci acesta nu există în circuitul civil, nu este opozabil *erga omnes* și nu poate fi invocat în situații similare celei deduse judecății CNSC.

- I.I. arată că autoritatea contractantă a insistat pe inadvertențele conținute de certificatele de grefă emise de Tribunalul Suceava, din care rezultă că pe rolul instanțelor judecătorești sunt înregistrate contestațiile formulate împotriva documentelor constatatoare invocate. Contestatoarea susține că a arătat și a completat ulterior, că certificatele de grefă au conținut erori de tehnoredactare ale dnei grefier care le-a întocmit, în acest sens fiind eliberate alte două certificate de grefă care conțineau și date suplimentare legate de stadiul procesual al contestațiilor. Astfel, s-au imputat erori, care nu erau în sarcina I.I., operatorul economic formulând imediat cereri pentru eliberarea altor două certificate de grefă.

- Astfel, contestatoarea opinează că, certificatele de grefă, în contextul în care a depus și alte înscrisuri justificative (extras www.portaljust.ro, citații, alte certificate grefă), nu erau de natură a conduce autoritatea contractantă la convingerea că nu a întreprins

suficiente măsuri pentru a-i dovedi credibilitatea prin raportare la art. 167 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

- Pe de altă parte, înainte de a lua decizia de excludere din procedura de atribuire a contractelor subsecvente, I.I. consideră că, autoritatea contractantă se putea baza pe propria experiență, fundamentată pe relațiile comerciale care au existat între I.I. și CONSILIUL JUDEȚEAN VASLUI, din contractele subsecvente anterioare care s-au aflat în derulare și în care și-a îndeplinit în totalitate obligațiile contractuale. În acest sens, contestatoarea invocă documentele constatatoare nr. 2919/25.02.2021, nr. 2920/25.02.2021, nr. 2921/25.02.2021, nr. 2923/25.02.2021, nr. 2924/25.02.2021, nr. 2926/25.02.2021, nr. 2927/25.02.2021 și nr. 2928/25.02.2021, emise de CONSILIUL JUDEȚEAN VASLUI din care rezultă că I.I. și-a îndeplinit obligațiile contractuale privind furnizarea și distribuirea merelor, laptelui, produselor lactate și produselor de panificație pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, pentru anii școlari 2018-2020.

- În contextul invocării principiului proporționalității, dar și a principiului nediscriminării, contestatoarea apreciază că, autoritatea contractantă, în mod greșit a exclus din procedura de atribuire a contractelor societatea sa, fiind influențată de solicitările contraofertantului SRL, fără a avea însă în vedere dovezile concrete prin care I.I. și-a demonstrat credibilitatea prin raportare la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 11664/10.03.2021, contestatoarea a făcut dovada comunicării concluziilor scrise către autoritatea contractantă, prin mijloace electronice (e-mail) la data de 09.03.2021.

Prin adresa nr. 14332/357/C5/22.03.2021, Consiliul a informat părțile cu privire la prelungirea, cu 10 zile, a termenului de soluționare a contestației, în conformitate cu prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 14451/23.03.2021, I.I. a confirmat primirea adresei nr. 14332/357/C5/ 22.03.2021.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 14504/23.03.2021, ... a confirmat primirea adresei nr. 14332/357/C5/ 22.03.2021.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de reofertare în vederea încheierii unor contracte subsecvente aferente acordurilor-cadru de furnizare, atribuite în urma publicării în SEAP a anunțului de participare nr. ... [„licitație deschisă”, online, cu etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru, cu mai mulți operatori economici, având ca obiect „Furnizarea și distribuția merelor, laptelui, produselor lactate și produselor de panificație pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate

și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, pentru anii școlari 2018-2022, cod CPV 15811000-6 (Rev.2”], **lot 3 – „Furnizarea și distribuția merelor pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, pentru anii școlari 2018-2022, Zona 1 Vaslui (...), lot 4 – „Furnizarea și distribuția merelor pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, pentru anii școlari 2018-2022, Zona 2 Bârlad (...), lot 5 – „Furnizarea și distribuția merelor pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, pentru anii școlari 2018-2022, Zona 3 – Huși (...).**

Analizând Anunțul de atribuire nr. CAN ... la anunțul de participare nr. ..., Consiliul reține următoarele:

- În cadrul lotului 3, acordul-cadru de furnizare și distribuție a merelor s-a semnat cu doi operatori economici (.....și I.I.);
- În cadrul lotului 4, acordul-cadru de furnizare și distribuție a merelor s-a semnat cu trei operatori economici (... SA, ...și I.I.....);
- În cadrul lotului 5, acordul-cadru de furnizare și distribuție a merelor s-a semnat cu doi operatori economici (.....și I.I.).

Astfel, Consiliul reține următoarele:

- Acordul-cadru de furnizare încheiat pentru lotul 3, între UAT și I.I. poartă nr. 1659/05.02.2019;
- Acordul-cadru de furnizare încheiat pentru lotul 4, între UAT și I.I. poartă nr. 1661/05.02.2019;
- Acordul-cadru de furnizare încheiat pentru lotul 5, între UAT și I.I. poartă nr. 1663/05.02.2019.

La data de 15.01.2021, în temeiul art. 10 din acordul-cadru, autoritatea contractantă a transmis invitații la reofertare tuturor oferanților, promitenți furnizori, semnatori ai acordurilor cadru, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind data de **21.01.2021, ora 11:00.**

În acest sens, ofertantei I.I. i-au fost transmise următoarele invitații:

- pentru lot 3 - Zona 1 Vaslui-Mere invitația nr. 757/15.01.2021;
- pentru lot 4- Zona 2 Bârlad - Mere invitația nr. 759/15.01.2021;
- pentru lot 5 - Zona 3 Huși - Mere cu nr. 762/15.01.2021,

Prin adresa nr. 2167/11.02.2021, autoritatea contractantă a comunicat ofertantului I.I. rezultatul procedurii de reofertare aferentă

loturilor 3, 4 și 5, respectiv excluderea ofertei acestuia în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și desemnarea câștigătoare a ofertei depusă de SRL, pentru toate loturile contestate (loturile 3 – 5).

Fiind nemulțumită de respingerea ofertei sale, la data de 19.02.2021, I.I. a transmis Consiliului contestația care formează obiectul prezentului dosar, prin care a solicitat următoarele:

- anularea comunicării rezultatului procedurii cu privire la lotul 3 - Zona 1 Vaslui - Mere, lotul 4 - Zona 3 Bârlad - Mere, lotul 5 - Zona 3 Huși cu nr. 2167/11.02.2021, referitor la încheiere contracte subsecvente;

- obligarea autorității contractante să țină cont de procesele-verbale ale ședinței de deschidere a ofertelor, astfel: procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor lot 3 - Zona 1 Vaslui - Mere cu nr. 1069/21.01.2021, proces-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor lot 4 - Zona 2 Bârlad - Mere cu nr. 1070/21.01.2021 și proces-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor lot 5 - Zona 3 Huși - Mere cu nr. 1071/21.01.2021.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului, în original, dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv plata cauțiunii în sumă de 14.344,71 lei, constituită prin recipisa de consemnare nr. 206845198/1 din data de 19.02.2021 emisă de CEC Bank – Sucursala Suceava.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pe fondul cauzei, din documentele transmise la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă, Consiliul constată următoarele:

Înainte de împlinirea termenului limită pentru primirea ofertelor **(21.01.2021, ora 11:00), ca urmare a unei adrese transmise autorității contractante de Societatea S.R.L.,** prin adresa nr. 948 din 19.01.2021, semnată pe președintele Consiliului Județean Buzău, autoritatea contractantă a solicitat promitentului furnizor I.I. să *transmită prin e-mail sau poștă următoarele documente:*

- *Copia documentului constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de autoritatea contractantă DGASPC Botoșani;*
- *Sentința civilă nr. 437/13.08.2020, emisă de Tribunal Bacău.*

I.I. a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 819/P/20.01.2021, înregistrată la CJ Vaslui sub nr. 948/21.01.2021, comunicându-i următoarele:

„Ca urmare a adresei cu nr. 948/19.01.2021, primite din partea instituției dumneavoastră de a vă transmite copia Documentului constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de Autoritatea contractantă, Direcția de Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani și a Sentinței civile nr. 437/13.08.2020, pronunțată de Tribunalul Bacău, vă învederăm următoarele:

- Litigiul asupra căruia instanța de judecată s-a pronunțat prin Sentința civilă nr. 437/31.08.2020 pronunțată de Tribunalul Bacău, nu a vizat anularea unui document constatator sau cenzura instanței de judecată cu privire la una din situațiile prevăzute de art. 164-167 din Legea 98/2016 astfel cum a fost modificată, sens în care, înainte de a da curs cererii dvs, vă rugăm respectuos să arătați motivele pentru care ne solicitați comunicarea acesteia.

Sentința civilă nr. 437/31.08.2020 a Tribunalului Bacău vizează raporturi contractuale străine de acordul cadru încheiat cu instituția dvs, unele informații conținute de aceasta având caracter potențial confidențial, în conformitate cu prevederile din Legea 677/2001. Facem precizarea că în litigiul asupra căruia s-a pronunțat Sentința Civilă cu nr. 437/31.08.2020, nu s-a contestat nici un document constatator emis de Consiliul Județean Bacău.

În concluzie, vă rugăm să ne indicați motivul pentru care ne solicitați Sentința civilă nr. 473/31.08.2020 emisă de Tribunalul Bacău, urmând a dispune în consecință, cu respectarea dispozițiilor legale, în funcție de răspunsul dvs.

- Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani a fost retras din SEAP, de autoritatea contractantă emitentă, (...), retragere solicitată în baza Sentinței civile nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava, rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 39 din 3.02.2020 a Curții de Apel Suceava, în dosar 2068/86/2019.

Instanța de judecată a constatat nelegală publicarea acestuia în SEAP, motiv pentru care a dispus obligarea autorității contractante la retragerea Documentului constatator nr. 4579/25.02.2019.

Pentru conformitate, vă comunicăm documentul constatator solicitat.

Având în vedere solicitarea dumneavoastră, ținem să precizăm faptul, că la momentul prezentei adrese I.I. nu se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016.

De asemenea, ca un argument în plus, vă solicităm, să aveți în vedere Decizia nr. 224/C5/2748 a CNSC, «Nu orice neîndeplinire a clauzelor contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după cum nu orice document constatator trebuie să conducă, tale quale, la respingerea ofertantului (...)».

Tot în Decizia nr. 224/C5/2748 a CNSC, Consiliul se pronunță:

«pentru a putea exclude un operator economic, trebuie îndeplinite cumulativ, și nu alternativ, următoarele condiții:

a) operatorul economic a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune;

b) încălcarea acestor obligații a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, la plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

După cum se poate observa, pentru documentul constatator solicitat nu au fost solicitate plata de daune interese sau prejudicii, prin urmare nu sunt îndeplinite cumulativ, la nivel de contract/document constatator, condițiile de excludere în procedura, așa cum sunt definite la art. 167 alin. (1), lit. (g) din Legea 98/2016, drept pentru care instanța de judecată a decis retragerea acestuia din SEAP».

În lumina deciziei CNSC, simpla existență a unui document constatator, nu poate conduce la excluderea operatorului economic din procedura de atribuire și implicit la aplicarea dispozițiilor art. 167 lit. g) din legea 98/2019, fără a obliga autoritatea contractantă la verificarea temeinică a îndeplinirii cumulative a condițiilor enumerate, cu prezentare de dovezi clare, certe. (Mai ales în situația în care nu au fost generate prejudicii pentru autoritatea contractantă).

Apreciem de asemenea, oportun ca autoritatea contractantă, Consiliul Județean Vaslui să analizeze și principiul proporționalității avut în vedere de Curtea Europeană de Justiție atunci când a pronunțat Hotărârea Curții Europene de Justiție C-267/18, referitoare la motivele de excludere prezentate la acest articol, în care Curtea recomandă că atunci când se aplică motivele de excludere, trebuie să se țină cont de principiul proporționalității și ce înseamnă «abatere profesională gravă» care a fost definită la art. 101 al Directivei 2014/24.

În acest sens, autoritatea contractantă poate face aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea 98/2016, considerând dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. 1 ca fiind suficiente și pertinente, urmând a nu exclude operatorul economic din procedura de achiziție publică având drept obiect: «Achiziția publică privind furnizarea de fructe și legume proaspete, lapte și produse lactate precum și de produse de panificație la nivelul județului Harghita pe perioada 2020 - 2023 în cadrul Programul pentru școli al României».

Astfel, în legislația națională privind achizițiile publice, la art. 167 alin. (1) lit. g) se menționează «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»;

Având în vedere faptul că legislația națională privind achizițiile publice este în consens și a fost preluată din legislația europeană, art. 167 alin. (1) lit. g fiind preluat/similar cu din art. 57 alin. (4) lit. (g) din Directiva 2014/24 a PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din

26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, vă rugăm să faceți aplicarea dispozițiilor Hotărârii Curții Europene de Justiție C-267/18, referitoare la motivele de excludere prezentate la acest articol, în care Curtea recomandă că atunci când se aplică motivele de excludere, trebuie să se țină cont de principiul proporționalității și ce înseamnă «abatere profesională gravă» care a fost definită la art. 101 al Directivei 2014/24.

«B. Cu privire la motivul de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera g) din Directiva 2014/24

23. Astfel cum am arătat în Concluziile prezentate în cauza Mecca(8), articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 menționează, printre comportamentele operatorilor economici care pot justifica excluderea lor de la o procedură de achiziție publică, atât o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa [litera (c)], cât și deficiențe semnificative [...] la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior [...] care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior" [litera (g)].

24. Din considerentul (101) al Directivei 2014/24 reiese că abaterile profesionale vizate la litera (c) sunt de natură predominant extracontractuală, adică sunt comportamente nelegale care se desfășoară, în general, în afara cadrului raporturilor contractuale. Aceasta este situația încălcării obligațiilor de mediu sau sociale, a nerespectării normelor de concurență sau a drepturilor de proprietate intelectuală sau industrială ori a neîndeplinirii obligațiilor fiscale sau privind asigurările sociale. În schimb, comportamentul descris la litera (g) reprezintă o încălcare tipică a obligațiilor contractuale».

Din aceste considerente, Curtea Europeană se pronunță:

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, 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.

În baza principiului Proporționalității care recomandă că «factorii de evaluare nu trebuie să fie disproportați în raport cu scopurile urmărite, sau față de cerințele de calificare/selecție», ținem să vă informăm că documentul constatator la care faceți referire a fost eliberat pentru un contract de achiziție publică care s-au derulat pentru un alt tip de activitate/obiect de activitate decât cel pentru care s-a depus prezenta ofertă și cu valori mult mai mici decât al prezentei proceduri.

Pentru contracte cu activități similare de furnizare fructe în cadrul Programului pentru școli al României, I.I. și-a îndeplinit obligațiile contractuale.

Ținând cont de cele prezentate mai sus, și a actelor atașate la prezenta, considerăm că în momentul de față I.I. nu se afla sub incidența art. 167 alin. (1) lit. h) și g) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

Ne exprimăm disponibilitatea de a vă pune la dispoziție orice alte informații/documente pe care le considerați necesare”.

La această corespondență, ofertantul I.I. a atașat următoarele documente:

- Adresa nr. 5445/06.03.2020, transmisă de CJ Botoșani, ofertantului I.I.;
- Adresa nr. 6603/04.03.2020 transmisă de CJ Botoșani Agenției pentru Agenda Digitală a României;
- Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019;
- Extras din Decizia CNSC nr. 224/C5/2748/12.02.2020;
- Cauza C-267/18;

La data de 21.01.2021, ofertanta contestatoare a depus propuneri financiare în cadrul loturilor 3-5, alături de un alt promitent-furnizor, și

anume **Societatea S.R.L.**, sens în care au fost încheiate următoarele procese verbale:

- Procesul-verbal nr. 1069/21.01.2021 (lot 3), în cadrul căruia sunt menționate următoarele prețuri ale ofertanților participanți:

- S.R.L. – 246.378,24 lei + TVA;
- I.I.– 214.440,32 lei + TVA;

- Procesul-verbal nr. 1070/21.01.2021 (lot 4), în cadrul căruia sunt menționate următoarele prețuri ale ofertanților participanți:

- S.R.L. – 221.960,96 lei + TVA;
- I.I.– 204.887,04 lei + TVA;

- Procesul-verbal nr. 1071/21.01.2021 (lot 5), în cadrul căruia sunt menționate următoarele prețuri ale ofertanților participanți:

- S.R.L. – 197.851,20 lei + TVA;
- I.I.– 206.270,04 lei + TVA;

În acest context, Consiliul constată că, în cadrul lotului 5, ofertantul SRL a prezentat o valoare a propunerii financiare mai mică decât cea a contestatoarei, care, în cadrul actului de sesizare a CNSC nu a înțeles să formuleze critici și cu privire la acest ofertant, astfel încât și în situația în care criticile contestatoarei s-ar dovedi întemeiate aceasta nu ar avea șansa de a i se atribui contractul subsecvent aferent lotului 5, de vreme ce propunerea financiară a ofertantului S.R.L. este mai mică, motiv pentru care contestarea rezultatului procedurii de reofertare aferentă lotului 5 apare ca lipsită de interes, în condițiile în care contestatoarea nu a criticat și oferta depusă de S.R.L. pentru acest lot.

În legătură cu evaluarea ofertei contestatoarei, în cadrul Procesului-verbal nr. 1115/21.01.2021, membrii Comisiei de evaluare au decis să solicite clarificări ofertantului I.I.

În acest sens, a fost transmisă ofertantului contestator, solicitarea de clarificări nr. 1247/25.01.2021, având următorul cuprins:

„Ca urmare a verificării în SEAP a documentelor constatatoare privind ofertanții participanți la reluarea competiției pentru atribuirea contractelor subsecvente privind furnizarea și distribuția merelor pentru preșcolari din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din, pe semestrul II al anului școlar 2020-2021, Lot 3, Lot 4 și Lot 5, s-au identificat următoarele documente referitoare la modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale de către operatorul economic I.I., cod fiscal 23455761:

- Document constatator privind modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale nr. 15486/20.05.2019 emis de Universitatea Babes-Bolyai, în care se menționează:

«6. Contractul de furnizare:

- nu a fost îndeplinit ()

- **a fost îndeplinit necorespunzător (DA)**

- a fost îndeplinit corespunzător ()

Motivație:

1. **Abateri de la calitatea produselor contractate (DA)**
2. **Nerespectarea prețurilor asumate prin contract (DA)**
3. Nerespectarea termenelor contractuale (NU)
4. Neîntocmirea documentelor necesare derulării contractului (NU)
5. **Rezilierea contractului de furnizare (DA)**

Operatorul economic nu a respectat obligațiile contractuale prevăzute la art. 7.1 din Contractul de furnizare nr. 692/27.11.2018, respectiv a obligației de furnizare a produselor la standardele și calitatea prezentată în ofertă, nerespectare care a fost constatată în cuprinsul procesului-verbal din data de 13.05.2019 încheiat de către părți și totodată, datorită imposibilității de furnizare a produselor la prețul stabilit inițial prin contract conform art. 4.1 coroborat cu art. 16 din angajamentul legal, acesta este reziliat de drept».

- Document constatator nr. 23829/02.08.2019 emis de Direcția de Asistență Socială - Municipiul Iasi, în care se menționează:

«6. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător

Da **Nu**

Dacă NU,

Motivație/motivații:

a) abateri de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor contractate: **DA**;

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări: din culpă: **DA**;

c) abateri de la respectarea normelor de securitate și sănătatea muncii, PSI, legislația de protecția mediului: nu este cazul;

d) altele: **nu este cazul**,

e) eventuale litigii și modul lor de soluționare: **nu este cazul**

f) rezilierea contractului: ☐ **Da** ☐ **Nu**».

De asemenea, în Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani (transmis de dvs. la solicitarea noastră), se menționează:

«7. Acordul-cadru/contractul subsecvent a fost îndeplinit în mod corespunzător

☐ **Da** ☐ **Nu**

Dacă NU,

Motivație/motivații:

a) nerespectarea obligațiilor contractuale privind livrarea produselor, livrarea unor cantități mai mici față de cele comandate de către autoritatea contractantă;

b) nerespectarea art. 5.2 din Acordul-cadru de furnizare nr. 13341 din 11.06.2018 «Operatorii economici au dreptul ca în procesul de reofertare să modifice prețul care face obiectul reluării competiției, dar numai în sensul îmbunătățirii prețului pe care l-au prevăzut în propunerea financiară, prevăzute în Anexa nr. 1 la prezentul acord-cadru»;

În cadrul acordului-cadru, Autoritatea contractantă a solicitat ca prețul să se mențină ferm pe toată durata de derulare

a acordului-cadru/contractelor subsecvente, condiție pe care nu a respectat-o.

c) rezilierea acordului-cadru: Notificare nr. 3630 din 12.02.2019 de reziliere a Acordului-cadru de furnizare nr. 13.341 din 11.06.2018.

Referitor la Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani, menționați în adresa nr. 819/P/20.01.2021 că a fost retras din SEAP, «retragere solicitată în baza Sentinței civile nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava, rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 39 din 03.02.2020 a Curții de Apel Suceava, în dosar 2068/86/2019», dar nu prezentați ca dovadă copii ale celor două sentințe/decizii.

De asemenea, menționați în adresa nr. 819/P/20.01.2021 că «Instanța de judecată a constatat nelegală publicarea acestuia în SEAP, motiv pentru care a dispus obligarea autorității contractante la retragerea Documentului constatator nr. 4579/25.02.2019».

Din cele de mai sus, rezultă că instanța a constatat nelegală publicarea în SEAP și a dispus retragerea acestuia din SEAP, dar instanțele respective nu au anulat documentul, ceea ce înseamnă că Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 produce efecte.

Mai mult, nu rezultă că instanțele au considerat nelegală rezilierea Acordului-cadru de furnizare nr. 13.341/11.06.2018.

Având în vedere cele de mai sus, vă solicităm să prezentați punctul de vedere referitor la cele 3 documente constatatoare, însoțit de dovezi concrete. (...)”.

La această solicitare de clarificări, I.I. a răspuns prin adresa nr. 820/P/28.01.2021, înregistrată la Consiliul Județean sub nr. 1517/28.01.2021, în cuprinsul căreia arată următoarele:

„1. Document constatator nr. 23829/02.08.2019 emis de Direcția de Asistența Socială – Municipiul Iași

Documentul constatator eliberat de autoritatea contractantă în conformitate de prevederile art. 166 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016 este supus controlului judiciar potrivit dispozițiilor art. 166 alin. (4) din HG nr. 396/2016, care arată că, poate fi contestat potrivit Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva documentului constatator nr. 23829 din 02.08.2019 întocmit de autoritatea contractantă - Direcția de Asistența Socială Iași, în lumina art. 171 din Legea nr. 98/2016, operatorul economic a demarat măsuri concrete pentru a-și demonstra credibilitatea, prin parcurgerea procedurii prevăzute de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, etapa atinsă, fiind cea a soluționării pe excepție și nu pe fond, a dosarului nr. 3624/86/2019 înregistrat pe rolul Tribunalului Suceava.

Nefiind o soluție definitivă, împotriva soluției Tribunalului Suceava am formulat recurs, înregistrat la data de 18.01.2021, urmând ca acesta să fie soluționat la Curtea de Apel Suceava.

Insistăm pe faptul că, dosarul cu nr. 3624/86/2019 a fost soluționat de către Tribunalul Suceava, fără a efectua cercetarea judecătorească, pronunțându-se pe o excepție peremptorie, noi apreciind că nu este dată în prezenta cauză.

De altfel, aceeași instanță de judecată prin același complet, a apreciat inițial că, soluționarea acestui dosar nu este de competența sa materială și teritorială, declinându-l în favoarea Tribunalului Iași, care a declarat conflict negativ de competență (Dosar 1089/99/2020). Conflictul negativ de competență a fost soluționat în mod definitiv de Înalta Curte de Casație și Justiție (Decizia nr. 3764 din 22.07.2020), care a decis că este competent completul inițial investit, Tribunalul Suceava.

Până la o soluție definitivă a instanțelor de judecată, actul administrativ contestat este lipsit de eficacitate juridică, autoritatea contractantă urmând să-l excludă din cadrul analizei privind încheierea contractelor subsecvente.

În acest sens, am atașat certificat de grefă, eliberat de Tribunalul Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal, extras portaljust.ro, Decizia nr. 3764 din 22.07.2020 a ÎCCJ, din care rezultă măsurile concrete întreprinse de operatorul economic, în vederea demonstrării credibilității, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Apreciem că, se impune a se avea în vedere faptul că, prin Documentul constatator nr. 23829/02.08.2019, nu au fost solicitate plata de daune interese sau prejudicii, iar obiectul acordului-cadru prevedea furnizarea de produse diversificate și perisabile, fără legătură cu obiectul contractelor subsecvente oferite de autoritatea contractantă, Consiliul Județean Vaslui.

2. Document constatator 15486/20.05.2019 emis de autoritatea contractantă Universitatea Babeș - Bolyai

Împotriva documentului constatator nr. 15486 din 20.05.2019 întocmit de autoritatea contractantă - Universitatea Babeș - Bolyai, în lumina art. 171 din Legea nr. 98/2016, operatorul economic a demarat măsuri concrete pentru a-și demonstra credibilitatea, prin parcurgerea procedurii prevăzute de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, etapa atinsă, fiind cea a fondului cauzei, în dosar nr. 3626/86/2019 înregistrat pe rolul Tribunalului Suceava, fără a fi inițiată cercetarea judecătorească.

Tribunalul Suceava a apreciat, din nou, că nu este competent ca instanță de contencios administrativ și fiscal, în soluționarea cauzei, motiv pentru care a declinat competența în favoarea Judecătoriei Suceava, unde s-a stabilit termen, probabil pentru declararea conflictului negativ de competență, la data de 8.04.2021.

Vă rugăm să aveți în vedere că, operatorului economic nu-i poate fi imputată lipsa de celeritate a instanțelor de judecată, din moment ce, de bună-credință acesta a înregistrat contestația împotriva documentului constatator, la instanța competentă și anume, Tribunalul Suceava - Secția contencios administrativ și fiscal. [aspect confirmat și de Decizia

nr. 3764 din 22.07.2020 a ÎCCJ dată în dosarul 3624/86/2019 (1089/99/2020) - ce vizează același operator economic în contradictoriu cu DAS Iași].

Până la o soluție definitivă a instanțelor de judecată, actul administrativ contestat este lipsit de eficacitate juridică autoritatea contractantă urmând să-l excludă din cadrul analizei privind încheierea contractelor subsecvente.

În acest sens, am atașat certificat de grefă, citație emisă de Judecătoria Suceava, extras portaljust.ro, din care rezultă măsurile concrete întreprinse de operatorul economic, în vederea demonstrării credibilității, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Se impune, din nou, a se avea în vedere faptul că, prin Documentul constatator nr. 15486/20.05.2019 nu au fost solicitate plata de daune interese sau prejudicii, iar obiectul acordului-cadru prevedea furnizarea de produse diversificate și perisabile, fără legătură cu obiectul contractelor subsecvente oferite de autoritatea contractantă, Consiliul Județean Vaslui.

3. Document constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de autoritatea contractantă Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani.

Astfel cum am arătat deja, documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani a fost retras din SEAP, de autoritatea contractantă emitentă, (...) retragere solicitată în baza Sentinței civile nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava, rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 39 din 03.02.2020 a Curții de Apel Suceava, în dosar 2068/86/2019.

Instanța de judecată a constatat nelegală publicarea acestuia în SEAP, motiv pentru care a dispus obligarea autorității contractante la retragerea documentului constatator nr. 4579/25.02.2019.

Este adevărat, instanțele de judecată nu au anulat documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 și chiar dacă acesta produce efecte, cu toate că susținem contrariul, din moment ce acesta a fost retras din SEAP, publicație care îi conferea caracterul executoriu, vă învederăm următoarele:

Într-o procedură contencioasă asemănătoare situației supusă analizei dvs., Curtea de Apel Galați a pronunțat decizia nr. 553/11.08.2020 în dosarul cu nr. 441/44/2020 prin care a fost menținută decizia nr. 1197/C8/1161/15.07.2020 pronunțată de CNSC.

Astfel, Curtea de Apel Galați a constatat că, «simpla existență o certificatelor constatatoare negative, nu constituie o bază factuală reală care să justifice aprecierea autorității contractante în sensul că operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice. /../ Certificatul constatator negativ, în sine, nu reprezintă o dovadă a îndeplinirii condițiilor reglementate expres în textul art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016».

În susținerea celor arătate prin decizia Curții de apel Galați, care a confirmat decizia nr. 1197/C8/1161/15.07.2020 a CNSC, reiterăm și decizia nr. 224/C5/2748 a CNSC cu titlu de practică judiciară, neexistând niciun motiv obiectiv pentru ca instituția dvs. să nu analizeze și să rețină această soluție dată de un organ administrativ - jurisdicțional investit să soluționeze contestații împotriva unor acte ce decurg din procedura de atribuire sau executarea ulterioară a contractelor subsecvente.

Astfel, potrivit deciziei CNSC «Nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după cum nu orice document constatatator trebuie să conducă, tale quale, la respingerea ofertantului (...)».

Tot în decizia nr. 224/C5/2748 a CNSC, Consiliul se pronunță:

«pentru a putea exclude un operator economic, trebuie îndeplinite cumulativ, și nu alternativ, următoarele condiții:

a) operatorul economic a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune;

b) încălcarea acestor obligații a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, la plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile».

După cum se poate observa, pentru documentul constatatator nr. 4579 din 25.02.2019, dar și pentru celelalte două documente constatatoare aflate în plină procedură judiciară, nu au fost solicitate plata de daune interese sau prejudicii, prin urmare nu sunt îndeplinite cumulativ, la nivel de contract/document constatatator, condițiile de excludere în procedură, așa cum sunt definite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, atașam în dovedire, print screen SEAP din care rezultă că, la data întocmirii prezentului răspuns, nu există certificate constatatoare cu prejudicii pe numele operatorului I.I.

(...)

În lumina deciziei CNSC, simpla existență a unui document constatatator, nu poate conduce la excluderea operatorului economic din procedura de atribuire sau denunțarea unilaterală a contractului și implicit la aplicarea dispozițiilor art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, fără a obliga autoritatea contractantă la verificarea temeinică a îndeplinirii cumulative a condițiilor enumerate, cu prezentare de dovezi clare, certe. (Mai ales în situația în care nu au fost generate prejudicii pentru autoritatea contractantă).

Ținând cont de cele prezentate mai sus, raportat la documentul constatatator nr. 4579 din 25.02.2019, considerăm că I.I. nu se află sub incidența niciunei dispoziții legale, care ar putea conduce autoritatea contractantă la concluzia că se impun măsuri față de operatorul economic declarat câștigător pentru loturile 3, 4 și 5.

De asemenea, reiterăm solicitarea noastră de a supune analizei, argumentele operatorului economic referitoare la principiul

proportionalității avut în vedere de Curtea Europeană de Justiție atunci când a pronunțat Hotărârea Curții Europene de Justiție C-267/18, referitoare la motivele de excludere prezentate la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în care Curtea recomandă că atunci când se aplică motivele de excludere, trebuie să se țină cont de principiul proportionalității și de semnificația sintagmei «abatere profesională gravă» care a fost definită la art. 101 al Directivei nr. 2014/24.

În acest sens, autoritatea contractantă poate face aplicarea dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, considerând dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, urmând a nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

Astfel, în legislația națională privind achizițiile publice, la art. 167, alin. (1) lit. g) se menționează «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»;

Având în vedere faptul că legislația națională privind achizițiile publice este în consens și a fost preluată din legislația europeană, art. 167 alin. (1) lit. g) fiind preluat/similar cu din art. 57 alin (4) lit. (g) din Directiva 2014/24 a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, vă rugăm să faceți aplicarea dispozițiilor Hotărârii Curții Europene de Justiție C-267/18, referitoare la motivele de excludere prezentate la acest articol, în care Curtea recomandă că atunci când se aplică motivele de excludere, trebuie să se țină cont de principiul proportionalității și ce înseamnă «abatere profesională gravă» care a fost definită la art. 101 al Directivei 2014/24.

«B. Cu privire la motivul de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera g) din Directiva 2014/24

23. Astfel cum am arătat în Concluziile prezentate în cauza Mecca (8), articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 menționează, printre comportamentele operatorilor economici care pot justifica excluderea lor de la o procedură de achiziție publică, atât o <abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa> [litera (c)], cât și <deficiențe semnificative [...] la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior [...] care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior> [litera g)].

24. Din considerentul (101) al Directivei 2014/24 reiese că abaterile profesionale vizate la litera (c) sunt de natură predominant extracontractuală, adică sunt comportamente nelegale care se desfășoară, în general, în afara cadrului raporturilor contractuale. Aceasta este situația încălcării obligațiilor de mediu sau sociale, a nerespectării normelor de concurență sau a drepturilor de proprietate

intelectuală sau industrială ori a neîndeplinirii obligațiilor fiscale sau privind asigurările sociale. În schimb, comportamentul descris la litera g) reprezintă o încălcare tipică a obligațiilor contractuale».

Din aceste considerente, Curtea Europeană se pronunță:

«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, 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».

În baza principiului proporționalității care recomandă că «Factorii de evaluare nu trebuie să fie disproporționați în raport cu scopurile urmărite, sau față de cerințele de calificare/selecție», ținem să vă informăm că documentele constatatoare la care faceți referire au fost eliberate pentru contracte de achiziție publică care s-au derulat pentru

un alt tip de activitate/obiect de activitate decât cel pentru care s-au atribuit contractele subsecvente și cu valori mult mai mici decât al prezentei proceduri.

Pentru contracte cu activități similare de furnizare fructe în cadrul Programului pentru școli al României, I.I. și-a îndeplinit obligațiile contractuale, drept pentru care vă atașăm documentele constatatoare eliberate de autoritățile contractante care au fost beneficiare în cadrul Programului de furnizare fructe în școli și I.I. a avut calitatea de prestator-furnizor.

Ținând cont de art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, în baza principiului proporționalității, vă comunicăm faptul că I.I. are publicate un număr de 279 de documente constatatoare atât în noul SEAP-SICAP, cât și în vechiul SEAP, din care rezultă că în proporție de peste 98% din contractele de achiziție publică au fost onorate. Procentul de 98% se referă strict la numărul de documente publicate în SEAP, nu și la volumul activităților prestate sau valoarea contractelor respective. Având în vedere faptul că informațiile despre documentele constatatoare emise de autoritățile contractante sunt transparente, fiind publicate în SICAP/SEAP, în cazul în care veți considera necesar, aveți posibilitatea să verificați veridicitatea informațiilor prezentate, că documentele constatatoare pozitive eliberate pentru I.I. sunt în proporție de peste 98%, complexitatea acestora și valoarea financiară este mult mai mare decât valoarea contractelor pentru care ne-ați solicitat clarificări și suntem în momentul de față în proceduri de contestare.

Pentru conformitate vă atașăm lista documentelor constatatoare publicate în SICAP/SEAP, o parte din documentele constatatoare eliberate pentru activități de furnizare alimente, legume și fructe cât pentru activități similare de furnizare fructe în cadrul Programului pentru școli al României.

Totodată subliniem că, din conținutul celor 3 documente constatatoare la care faceți referire, nu rezultă faptul că autoritățile contractante au înregistrat prejudicii.

Vă solicităm să țineți cont de faptul că acestea au fost eliberate în anul 2019 perioada ianuarie-august, când prețul la produsele agroalimentare a crescut foarte mult fapt care poate fi verificat din statistica anului respectiv, nu se găseau pe piață și am întâmpinat greutăți în aprovizionarea cu legume și fructe, fapt care s-a reflectat și în derularea contractelor în acea perioadă.

Drept dovadă stă faptul că până în anul 2019 și din toamna acestuia de la noua recoltă, și, ulterior în anul 2020, I.I. nu a întâmpinat probleme în activitatea de distribuție produse către autoritățile contracte și nu a avut documente constatatoare negative.

În concluzie, apreciem că la acest moment, nu există niciun impediment legal, care să determine autoritatea contractantă, Consiliul Județean Vaslui, după analiza motivelor, dar și a practicii judiciare și a

celel administrativ-jurisdicționale prezentate, să adopte măsuri restrictive față de operatorul economic I.I.

Așa cum am prezentat, I.I. a întreprins toate măsurile necesare și legale în vederea dovedirii credibilității prin raportare la motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin (1) lit. g), drept pentru care vă atașăm:

a) Print-uri Ecris referitoare la dosar 3624/86/2019 și 3626/86/2019;

b) Certificate grefă dosar 3624/86/2019 și 3626/86/2019;

c) Decizia nr. 3764 din 22.07.2020 a ICCJ;

d) Citație emisă de Judecătoria Suceava în dosar 3626/386/2019 cu termen 8.04.2021;

e) Decizia nr. 553 din 11.08.2020 a Curții de Apel Galați pron. în dosar 441/44/2020;

f) Decizia nr. 224/C5/2748 a CNSC a fost înaintată autorității contracte prin adresa cu nr. 819/P/20.01.2021 din data de 20.01.2021.

g) Lista documentelor constatatoare publicate în SICAP/SEAP, pentru activități similare de furnizare fructe în cadrul Programului pentru școli al României ale operatorului economic I.I.

h) Print screen SEAP - din care rezultă că nu există certificate constatatoare cu prejudicii emise pe numele operatorului I.I.;

i) Hotărârea Curții Europene de Justiție C-267/18- a fost înaintată autorității contractante prin adresa cu nr. 819/P/20.01.2021".

În cadrul Procesului-verbal nr. 1740/03.02.2021, membrii Comisiei de evaluare au analizat răspunsul ofertantului contestator și au decis să-i solicite acestuia noi clarificări.

În acest sens, au transmis ofertantului I.I. solicitarea de clarificări nr. 1753/03.02.2021 având următorul cuprins:

„(...) Analizând răspunsul ofertantului I.I., transmis cu adresa nr. 820/P/28.01.2021, Comisia de evaluare consideră ca acesta nu prezintă dovezi concrete/concludente referitoare la cele 3 documente constatatoare.

Astfel, ofertantul nu prezintă:

- Sentința civilă nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava referitoare la Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de autoritatea contractantă Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani (nu Iași, cum greșit menționează ofertantul în adresa nr. 820/P/28.01.2021).

- Decizia civilă nr. 39 din 03.02.2020 a Curții de Apel Suceava prin care rămâne definitivă Sentința civilă nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava referitoare la Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de autoritatea contractantă Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani.

Referitor la documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de către DGASPC Botoșani, ca urmare a identificării pe portal.just.ro a unui litigiu între I.I. și CONSILIUL JUDEȚEAN BACAU (dosar 1636/110/2020, hotărârea nr. 437/2020, hotărârea nr. 244/2020), autoritatea contractantă a mai solicitat operatorului economic I.I. prin adresa nr. 948/19.01.2021 următoarele:

- Documentul constatator nr. nr. 4579/25.02.2019 emis de către DGASPC Botoșani;

- Sentința civilă nr. 437/2020

Operatorul economic I.I., prin adresa nr. 819/P/20.01.2021, a transmis Documentul constatator nr. 4579/ 25.02.2019 (o copie ilizibilă), dar a refuzat transmiterea Sentinței civile nr. 437/2020.

Referitor la Documentul constatator nr. 23829/02.08.2019 emis de Direcția de Asistență Socială - Municipiul Iași și Documentul constatator nr. 15486/20.05.2019 emis de autoritatea contractantă Universitatea Babeș - Bolyai, ofertantul I.I. prezintă Certificate grefă dosar 3624/86/2019 și 3626/86/2019, care conțin date/informații contradictorii sau neclare.

Astfel, în Certificatul Nr. 212/S.cont/12.07.2019 (Dosar nr. 3624/86/2019) se face referire la un document constatator care urma să fie eliberat în luna următoare - nr. 23829/02.08.2019.

De asemenea, în același certificat se menționează că dosarul a fost înregistrat după aproximativ 5 luni (05.12.2019) de la eliberarea acestui certificat: «Dosarul menționat mai sus a fost înregistrat pe rolul Tribunalului Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal la data de 05.12.2019 și se află în procedura premergătoare fixării primului termen de judecată».

În certificat se mai menționează «acordul cadru de furnizare nr. 16294/27.05.2019 a fost realizat prin acordul părților», text care este neclar.

În Certificatul Nr. 213/S.cont/12.07.2019 (Dosar nr. 3626/86/2019) se menționează că dosarul a fost înregistrat după aproximativ 5 luni (05.12.2019) de la eliberarea acestui certificat: «Dosarul menționat mai sus a fost înregistrat pe rolul Tribunalului Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal la data de 05.12.2019 și se află în procedura premergătoare fixării primului termen de judecată».

De asemenea, în același certificat se mai menționează faptul că «a fost realizat prin acordul părților contractul de furnizare nr. 692/27.11.2018», text care este neclar.

Cele două documente constatatoare (nr. 23829/02.08.2019 și nr. 15486/20.05.2019) sunt publicate în SEAP și produc efecte, sunt executorii, iar ofertantul I.I. nu face dovada legală a suspendării lor.

Nici pentru documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, care este executoriu și produce efecte, ofertantul I.I. nu face dovada legală a suspendării efectelor sale.

Se solicită ofertantului I.I. următoarele:

- Să prezinte Sentința civilă nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava referitoare la Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de autoritatea contractantă Direcția Generală De Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani;*
- Să prezinte Decizia civilă nr. 39 din 03.02.2020 a Curții de Apel Suceava prin care rămâne definitivă Sentința civilă nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava referitoare la Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de autoritatea contractantă Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Botoșani;*
- Să prezinte Sentința civilă nr. 437/2020 pronunțată de Tribunalul Bacău - Dosar nr. 1636/110/2020, care are legătură cu documentul constatator nr. 4579/25.02.2019;*
- Să prezinte Hotărârea/Sentința/Decizia civilă nr. 244/2020 pronunțată de Curtea de Apel Bacău - Dosar nr. 1636/110/2020, care are legătură cu documentul constatator nr. 4579/25.02.2019;*
- Să prezinte clarificări privind «Certificate grefă dosar 3624/86/2019 și 3626/86/2019», care, în opinia comisiei de evaluare, conțin date/informații contradictorii sau neclare.*
- Să clarifice dacă documentele constatatoare nr. 4579/25.02.2019, nr. 23829/02.08.2019 și nr. 15486/20.05.2019, care sunt executorii și produc efecte, sunt suspendate, iar dacă sunt suspendate să prezinte dovezi legale concrete”.*

La această solicitare de clarificări, ofertantul I.I. a răspuns prin adresa nr. 825/P/05.02.2021, înregistrată la CJ Vaslui sub nr. 1913/05.02.2021, precizând în plus, față de corespondențele anterioare, următoarele:

„Cerință: Să prezinte sentința civilă nr. 725/24.10.2019, pronunțată de Tribunalul Suceava și decizia nr. 39 din 03.02.2020 a Curții de Apel Suceava, prin care a rămas definitivă sentința civilă nr. 725/24.10.2019 în dosarul cu nr. 2068/86/2019, referitoare la documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani.

Arătăm autorității contractante că, operatorul economic I.I. nu a avut intenția de a nu prezenta cele două hotărâri judecătorești, însă,

prin adresele anterioare ale Consiliului Județean Vaslui nefiind solicitări în acest sens, am apreciat că nu este necesar a fi atașate.

Nu am negat soluția instanței de judecată prezentată de dvs., prin care DGASPC Botoșani a fost obligată la eliminarea publicației din SEAP a documentului constatator nr. 4579/25.02.2019, fără a fi anulat, ci doar am prezentat dovezi legale concrete în lumina art. 171 din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, atașăm sentințele civile, solicitate, urmând la punctele următoare să dezvoltăm dovezile concrete cerute de autoritatea contractantă.

Cerință: Să prezinte sentința civilă nr. 437/2020 pronunțată de Tribunalul Bacău - Dosar nr. 1636/110/2020, care are legătură cu documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, dar și a deciziei civile nr. 244/2020 a Curții de Apel Bacău pronunțată în același dosar.

Prin adresa nr. 948/19.01.2021, autoritatea contractantă a solicitat, fără a arăta motivele, comunicarea de către operatorul economic a documentului constatator nr. 4579/25.02.2019 eliberat de DGASPC Botoșani, dar și a sentinței civile nr. 437/2020 pronunțată de Tribunalul Bacău.

Ne-am conformat cerinței autorității contractante și am atașat documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 întocmit de DGASPC Botoșani, fiind într-adevăr o obligație a operatorului economic însă, fără a refuza, am solicitat autorității contractante CJ Vaslui, motivele care au determinat-o să solicite sentința civilă nr. 437/2020 pronunțată de Tribunalul Bacău, aceasta neavând legătură cu procedura de atribuire.

Prin sentința civilă nr. 437/2020 pronunțată de Tribunalul Bacău nu s-a analizat legalitatea vreunui document constatator de neîndeplinire a obligațiilor contractuale, nu am contestat un document constatator eliberat de Consiliul Județean Bacău din care să rezulte cele de mai sus.

Dosarul nr. 1636/110/2020, înregistrat pe rolul Tribunalul Bacău, viza contestarea unor documente ce derivau din executarea acordului-cadru încheiat cu autoritatea contractantă Consiliul Județean Bacău, ce, repetăm, nu au legătura cu procedura de atribuire ce se desfășoară, între noi părțile.

De asemenea, din executarea acordului-cadru încheiat cu Consiliul Județean Bacău nu au rezultat daune, nu au fost solicitate despăgubiri.

Deși doar prin adresa nr. 1753 din 03.02.2021, ați arătat că cele două hotărâri judecătorești ar avea legătură cu documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 eliberat de DGASPC Botoșani, apreciem că obligația noastră legată de comunicarea transparentă a documentelor solicitate, subzistă doar sub aspectul atașării sentințelor civile pronunțate de Tribunalul Suceava, respectiv Curtea de Apel Suceava, în dosar 2068/86/2019.

În continuare, autoritatea contractantă nu ne-a arătat motivele pentru care solicită aceste hotărâri judecătorești, aflate sub protecția legislației privind datele cu caracter personal.

Am arătat astfel, prin adresa nr. 819/P/20.01.2021 că Litigiul asupra căruia instanța de judecată s-a pronunțat prin Sentința civilă nr. 437/31.08.2020 pronunțată de Tribunalul Bacău, nu a vizat anularea unui document constatator sau cenzura instanței de judecată cu privire la una din situațiile prevăzute de art. 164-167 din Legea nr. 98/2016, astfel cum a fost modificată, sens în care, înainte de a da curs cererii dvs., vă rugăm respectuos să arătați motivele pentru care ne solicitați comunicarea acesteia.

Sentința civilă nr. 437/31.08.2020 a Tribunalului Bacău vizează raporturi contractuale străine de acordul-cadru încheiat cu instituția dvs., unele informații conținute de aceasta având caracter potențial confidențial, în conformitate cu prevederile din Legea nr. 677/2001.

În concluzie, operatorul economic nu a refuzat atașarea celor două hotărâri judecătorești, pronunțate în dosarul 1636/110/2020 de Tribunalul Bacău, respectiv Curtea de Apel Bacău, ci doar a arătat că, în lipsa unei legături cu prezenta procedură de atribuire, nu poate comunica documente cu caracter potențial confidențial.

Cerință: Să prezinte clarificări privind «Certificate de grefă dosar 3624/86/2019 și 3626/86/2019», care, în opinia comisiei de evaluare, conțin date/informații contradictorii sau neclare.

Prin adresa nr. 820/P/28.01.2021, operatorul economic I.I. transmite un număr de documente, prin care arată că, pe rolul instanțelor judecătorești sunt înregistrate contestații împotriva documentelor constatatoare nr. 15486/20.05.2019 emis de Universitatea Babeș Bolyai și nr. 23829/02.08.2019 emis de Direcția de Asistență Socială - Municipiul Iași.

Certificatele de grefă privind dosarul nr. 3624/86/2019 și nr. 3626/86/2019 au fost eliberate de Tribunalul Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal, la data de 5.12.2019, ca urmare a solicitării noastre, formulată în aceeași zi.

De altfel, rezultă și din conținutul acestora, că mențiunea referitoare la data de 12.07.2019, din antetul certificatelor de grefă reprezintă doar o eroare de tehnoredactare a unei greșeli care le-a întocmit.

Vă rugăm să observați, din petitul certificatelor de grefă, că acestea au fost întocmite de fapt la data de 05.12.2019: «Motivați fiind de cererea formulată de I.I. prin administrator Amariei Petru, adresată Tribunalului Suceava - Secția de contencios administrative și fiscal la data de 5.12.2019 [...]», în acest sens, ne-am adresat Tribunalului Suceava, în vederea lămuririi situației prezentate de autoritatea contractantă, fiind eliberate alte două certificate de grefă, fiind evidențiate de această dată și soluțiile provizorii pronunțate în dosarele cu nr. 2624/86/2019, dar și 2626/86/2019.

În ceea ce privește termenul de 5 luni scurs de la data întocmirii documentelor constatatoare, vă rugăm să rețineți că, acestea au fost contestate de către operatorul economic, la momentul la care a luat la cunoștință de existența acestora, nefiindu-ne comunicate în termenul legal cele două certificate constatatoare.

Motivul necomunicării documentelor constatatoare, dar și a notificărilor prelabile, stă la baza formulării cererilor de revocare a celor două documente constatatoare.

Chiar și așa, potrivit art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016 privind normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, astfel cum a fost modificată, «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»

Iar potrivit alin. «(5) Documentele constatatoare emise de către 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/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse».

Potrivit art. 11 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, termenul de introducere a acțiunii poate fi de 6 luni de la: data comunicării răspunsului la plângerea prealabilă, data comunicării refuzului nejustificat de soluționare a cererii, data expirării termenului de soluționare a plângerii prelabile [...] (2) Pentru motive temeinice, în cazul actului administrativ individual, cererea poate fi introdusă și peste termenul prevăzut la alin. (1), dar nu mai târziu de un an de la data comunicării actului, data luării la cunoștință, data introducerii cererii sau data încheierii procesului-verbal de conciliere, după caz.”

Având în vedere cele mai sus prezentate, apreciem că termenul de 5 luni evidențiat de autoritatea contractantă nu prezintă importanță, având în vedere că, astfel cum am arătat, cererile au fost înregistrate în termen, fiind contestată chiar lipsa comunicării documentelor constatatoare, dar și a notificărilor prelabile, de către autoritățile contractante.

În ceea ce privește sintagma neclară din conținutul certificatului de grefă eliberat pentru dosarul cu nr. 3624/86/2019: «acordul-cadru de furnizare nr. 16294/27.05.2019 a fost realizat prin acordul părților», este evident, o nouă eroare de tehnoredactare a grefierei care l-a întocmit, mențiunea corectă fiind «a fost reziliat prin acordul părților». Astfel, ca o consecință firească, dacă s-ar constata nelegalitatea documentului constatat nr. 23829 din 02.08.2019, urmând a fi revocat, acordul-cadru încheiat de părți ar urma să fie reziliat prin acordul părților și nu în mod unilateral de autoritatea contractantă emitentă.

În concluzie, neclaritățile sesizate de autoritatea contractantă în conținutul certificatelor de grefă, derivă doar din erorile de tehnoredactare ale dnei grefier care le-a întocmit.

De asemenea, am atașat adresei 820/P/28.01.2021 alte documente, extrase Ecris, citații, din care rezultă fără tăgadă existența contestațiilor formulate împotriva documentelor constatatoare, devenind astfel derizorii erorile de tehnoredactare intervenite în conținutul certificatelor de grefă.

Cerință: Să clarifice dacă documentele constatatoare nr. 4579/25.02.2019, nr. 23829/02.08.2019 și nr. 15486/20.05.2019, care sunt executorii și produc efecte, sunt suspendate, iar dacă sunt suspendate să prezinte dovezi legale concrete.

Astfel cum am arătat și în adresele comunicate anterior autorității contractante, documentele constatatoare enumerate nu sunt suspendate, însă din punctul nostru de vedere, acestea nu sunt executorii și nici nu au fost la momentul semnării acordului-cadru din data 05.02.2019, cu Consiliul Județean Vaslui.

Astfel, potrivit prevederilor exprese și imperative prevăzute de art. 166 alin. (4) și (5) din HG nr. 395/2016:

«(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 către 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/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse»

Din interpretarea logică a dispozițiilor legale mai sus prezentate, documentele constatatoare nu se publică în SEAP, până la soluționarea definitivă a contestațiilor formulate împotriva acestora, fiind lăsate astfel, în acest interval, fără eficacitate juridică.

Legiuitorul a evitat astfel, tocmai apariția unor astfel de situații în sarcina operatorului economic, care, folosindu-se de posibilitatea legală de a contesta un document constatat nefavorabil, nu ar trebui să justifice existența acestuia până la pronunțarea unei soluții juridice în acest sens.

De asemenea, legiuitorul a impus prin dispozițiile art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016 obligativitatea autorității contractante de a nu publica documentele constatatoare înainte de expirarea termenelor de contestație, tocmai pentru a nu afecta credibilitatea operatorului economic în relațiile sale contractuale cu alte autorități contractante.

Este firesc ca, până la soluționarea definitivă a cererilor înregistrate sub nr. 3624/86/2019 și 3626/86/2019 pe rolul instanțelor de judecată, documentele constatatoare să nu-și producă efectele.

Dacă autoritățile contractante ar fi respectat dispozițiile legale prevăzute de art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și nu ar fi publicat înainte de termen cele două documente constatatoare, nici nu ar fi fost nevoie de soluții de suspendare (întrucât nu produceau efecte juridice, nu erau intrate în circuitul civil) a acestora și implicit de clarificări din partea operatorului economic. Doar prin publicarea în SEAP, documentele constatatoare intră în circuitul civil și își produc efectele juridice pentru care au fost întocmite, fiind firesc ca, până la soluționarea definitivă a cererilor ce le vizează, autoritatea contractantă să aprecieze că nu există motive de excludere prin raportare la dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, solicităm autorității contractante ca, la momentul evaluării în vederea semnării contractelor subsecvente să nu analizeze documentul constatator nr. 23829 din 02.08.2019 emis de Direcția de Asistență Socială Iași și documentul constatator nr. 15486/20.05.2019 prin prisma dispozițiilor art. 167 din Legea nr. 98/2016, având în vedere că, acestea nu produc efecte juridice până la soluționarea definitivă a dosarelor cu nr. 3624/86/2019 și 3626/86/2019.

Orice soluție contrară a Consiliului Județean Vaslui ar încălca dispozițiile art. 166 alin. (4) și (5) din HG nr. 395/2016.

Intenția clară a legiuitorului a fost de a lipsi de efecte juridice documentul constatator, prin lipsa publicării în SEAP, până la soluționarea contestațiilor care analizează tocmai legalitatea acestora.

În ceea ce privește documentul constatator nr. 4579 din 25.02.2021 eliberat de DGASPC Botoșani, am arătat că, instanța de judecată a obligat, în mod definitiv, autoritatea contractantă de a retrage documentul constatator din SEAP, deși acesta nu a fost anulat.

Fără tăgadă, instanța de judecată a apreciat ca, autoritatea contractantă a încălcat legea, atunci când, fără a respecta dispozițiile prevăzute de art. 166 alin. (4) și (5) din HG nr. 395/2016 a publicat, în mod abuziv, documentul constatator în SEAP. Aceeași situație se repetă și în cazul documentelor eliberate de Direcția de Asistență Socială Iași, dar și a Universității Babeș - Bolyai.

Pe de altă parte, astfel cum am arătat deja, documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani a fost retras din SEAP, de autoritatea contractantă emitentă, (...) retragere solicitată în baza Sentinței civile nr. 725/24.10.2019 pronunțată de Tribunalul Suceava, rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 39 din 03.02.2020 a Curții de Apel Suceava, în dosar 2068/86/2019.

Instanța de judecată a constatat nelegală publicarea acestuia în SEAP, motiv pentru care a dispus obligarea autorității contractante la retragerea documentului constatator nr. 4579/25.02.2019.

Este adevărat, instanțele de judecată nu au anulat documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 și chiar dacă acesta produce efecte, cu toate că susținem contrariul, din moment ce acesta a fost retras din SEAP, publicație care îi conferea caracterul executoriu, vă învederăm următoarele:

Într-o procedură contencioasă asemănătoare situației supusă analizei dvs., Curtea de Apel Galați a pronunțat Decizia nr. 553/11.08.2020 în dosarul cu nr. 441/44/2020 prin care a fost menținută decizia nr. 1197/C8/1161/15.07.2020 pronunțată de CNSC.

Astfel, Curtea de Apel Galați a constatat că, «simpla existență a certificatelor constatatoare negative, nu constituie o bază factuală reală care să justifice aprecierea autorității contractante în sensul că operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice. [...] Certificatul constatator negativ, în sine, nu reprezintă o dovadă a îndeplinirii condițiilor reglementate expres în textul art. 167 alin. (1), lit. q) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016»

În susținerea celor arătate prin decizia Curții de apel Galați, care a confirmat decizia nr. 1197/C8/1161/15.07.2020 a CNSC, reiterăm și decizia nr. 224/C5/2748 a CNSC cu titlu de practică judiciară, neexistând niciun motiv obiectiv pentru ca instituția dvs. să nu analizeze și să rețină această soluție dată de un organ administrativ-jurisdicțional investit să soluționeze contestații împotriva unor acte ce decurg din procedura de atribuire sau executarea ulterioară a contractelor subsecvente.

(...) În concluzie, apreciem că la acest moment, nu există niciun impediment legal, care să determine autoritatea contractantă, Consiliul Județean Vaslui, după analiza motivelor, dar și a practicii judiciare și a celei administrativ-jurisdicționale prezentate, să adopte măsuri restrictive față de operatorul economic I.I.

Așa cum am prezentat, I.I. a întreprins toate măsurile necesare și legale în vederea dovedirii credibilității prin raportare la motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g), drept pentru care vă atașăm:

a) Certificate grefă dosar nr. 3624/86/2019 și nr. 3626/86/2019;

b) Document constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani.

c) Sentința civilă nr. 725/24.10.2019, pronunțată de Tribunalul Suceava și decizia nr. 39 din 03.02.2020 a Curții de Apel Suceava, prin care a rămas definitivă sentința civilă nr. 725/24.10.2019;

d) Sentința civilă nr. 437/2020 pronunțată de Tribunalul Bacău - dosar nr. 1636/110/2020, care are legătură cu documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, dar și a deciziei civile nr. 244/2020 a Curții de Apel Bacău, pronunțată în același dosar”.

Acest răspuns al ofertantei contestatoare și documentele anexate în susținere, au fost analizate de către Comisia de evaluare în cadrul Procesului-verbal nr. 2164/11.02.2021, în cuprinsul căruia au decis excluderea ofertantului I.I. în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, din procedura de atribuire a contractelor subsecvente aferente semestrului II, an școlar 2020-2021, pentru loturile 3 - 5.

Analizând decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul o apreciază ca fiind corectă pentru următoarele considerente:

Dispozițiile legale aplicabile prezentei cauze sunt următoarele:

- Art. 167 alin. (1) lit. g) 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 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 (...)

*(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 către 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/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse.**

(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, stipulează următoarele:

„(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**.*

Din interpretarea tuturor acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă **are dreptul** 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, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi **poate convinge 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, aceasta fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

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 presta serviciile 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.**

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.

În acest sens, Consiliul constată că în adresa nr. 2167/11.02.2021 prin care a fost comunicată contestatoarei măsura excluderii, au fost menționate și au fost avute în vedere toate împrejurările relevante care au format opinia autorității contractante în sensul excluderii din procedură a contestatoarei, apărările și răspunsurile contestatoarei la clarificările solicitate de Comisia de evaluare, fiind reținută și analizată situația a trei documente constatatoare, și anume:

- Documentul constatator nr. 15486/20.05.2019 emis de Universitatea Babeș-Bolyai;
- Documentul constatator nr. 23829/02.08.2019 emis de Direcția de Asistență Socială – Municipiul Iași;

- Documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani.

În ceea ce privește documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 referitor la neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contestatoare, emis de DGASPC Botoșani, Consiliul reține următoarele:

Analizând informațiile din documentul constatator în discuție, Consiliul constată că acesta a fost emis în legătură cu executarea de către I.I., în mod necorespunzător, a acordului-cadru nr. 13341/11.06.2018 privind furnizarea de „Legume și fructe proaspete” în perioada 11.06.2018 – 30.04.2020.

Din acest document rezultă că I.I. nu a respectat obligațiile contractuale privind livrarea produselor, respectiv s-au livrat cantități mai mici față de cele comandate de către autoritatea contractantă și nu s-a respectat art. 5.2 din Acordul-cadru de furnizare nr. 13341/11.06.2018 (autoritatea contractantă a solicitat ca prețul să se mențină ferm pe toată durata de derulare a acordului-cadru/contractelor subsecvente, condiție pe care ofertantul nu a respectat-o), motiv pentru care acordul-cadru a fost reziliat de către autoritatea contractantă (Notificarea nr. 3630/12.02.2019).

Prin acțiunea care a făcut obiectul dosarului nr. 2068/86/2019 aflat pe rolul Tribunalului Suceava, I.I. a chemat în judecată DGASPC Botoșani solicitând ca prin hotărârea ce se va pronunța să dispună următoarele:

- anularea documentului constatator referitor la neîndeplinirea obligațiilor contractuale, înregistrat sub nr. 4579/25.02.2019 și comunicat la data de 01.03.2019;

- emiterea unui nou document constatator din care să rezulte că și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale asumate, precum și faptul că acordul-cadru de furnizare 13341/11.06.2018 a fost reziliat prin acordul părților;

- obligarea pârâtei la retragerea publicării în SEAP a documentului constatator mai sus indicat.

Prin sentința nr. 725/24.10.2019, Tribunalul Suceava a admis în parte acțiunea contestatoarei I.I., respingând capetele de cerere 1 și 2 ca nefondate, dar obligând DGASPC Botoșani la retragerea publicării din SEAP a documentului constatator nr. 4579/25.02.2019.

Împotriva acestei sentințe au declarat recurs ambele părți, iar prin decizia nr. 39/03.02.2020 a Curții de Apel Suceava (doar nr. 2068/86/2019) au fost respinse ambele recursuri, **decizia instanței fiind astfel definitivă, ca și documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 a**

căruia legalitate a fost verificată și confirmată de instanța competentă, singura în măsură să se pronunțe în legătură cu acest aspect.

Prin adresa nr. 1643/02.02.2021, ... a solicitat DGASPC Botoșani, remiterea documentului constatator nr. 4579/25.02.2019, a sentinței civile nr. 725/24.10.2019 și a deciziei civile nr. 39/03.02.2020. La această solicitare, DGASPC Botoșani a răspuns prin adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1818/04.02.2021, atașând documentele solicitate, aceste documente aflându-se la dosarul cauzei, în vol. 2/3 pag. (185, 208 – 234).

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la faptul că documentul constatator în discuție nu privește aceleași produse care fac obiectul prezentei achiziții, Consiliul nu le poate reține deoarece dispozițiile 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu fac o astfel de distincție, sintagma fiind generală și referindu-se la încălcarea *„în mod grav sau repetat a obligațiilor principale ce-i revineau **în cadrul unui contract de achiziții publice**, (...) iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile (...)”*, legiuitorului nefăcând nicio referire cu privire la condiția identității obiectului contractelor de achiziție publică.

De asemenea, Consiliul nu poate reține susținerea contestatoarei referitoare la faptul că instanța de judecată a obligat pe DGASPC Botoșani să retragă documentul constatator din SEAP, deoarece din lecturarea considerentelor sentinței nr. 725/24.10.2019 și a deciziei nr. 39/ 03.02.2020, rezultă că retragerea din SEAP a documentului constatator în discuție s-a realizat deoarece **înscrișul a fost publicat prematur în SEAP**, respectiv fără respectarea dispozițiilor art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016[*„Documentele constatatoare emise de către 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/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse”*].

În prezent, prin respingerea definitivă a acțiunii promovate de I.I., nu mai suntem în ipoteza reglementată de art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016, astfel încât documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 emis de DGASPC Botoșani, a cărei existență este confirmată de contestatoare, ar fi trebuit să se regăsească în SEAP. În speță, este irelevant modul în care autoritatea contractantă a aflat de existența acestui înscriș, de vreme ce el este real, iar cu privire la anularea acestuia s-au purtat litigii în instanță, soluționate definitiv în defavoarea contestatoarei, în prezent autoritatea contractantă neputând ignora aceste informații verificate de Comisia de evaluare în mod riguros

și cu privire la care, în evaluarea ofertei sale, contestatoarea a putut să-și prezinte toate apărările pe care le-a considerat necesare (a se vedea toate solicitările de clarificări și răspunsurile aferente reproduse în mod fidel în considerentele prezentei decizii).

Conform legislației în vigoare, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- operatorul economic **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;

- încălcarea acestor obligații a condus la **încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile**.

Din documentul constatator nr. 4579/25.02.2019, rezultă îndeplinirea acestor condiții cumulative de vreme ce el furnizează, fără echivoc, informații privind neexecutarea culpabilă a obligației referitoare la activitatea de furnizare fructe și legume proaspete, iar această neexecutare se circumscrie unei „încălcări grave a obligației principale” în condițiile în care acordul-cadru avea ca obiect furnizarea de „Fructe și legume proaspete”.

Acest document confirmă și cea de-a doua condiție deoarece sancțiunea acestei neexecutări a dus la rezilierea de către autoritatea contractantă a acordului-cadru prin Notificarea nr. 3630/12.02.2019. Capătul de cerere formulat de contestatoare în cadrul acțiunii care a făcut obiectul dosarului nr. 2068/86/2019 aflat pe rolul Tribunalului Suceava privind *„emiterea unui nou document constatator din care să rezulte că și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale asumate, precum și faptul că acordul-cadru de furnizare 13341/11.06.2018 a fost reziliat prin acordul părților”*, a fost respins prin sentința nr. 725/24.10.2019 emisă de Tribunalul Suceava, instanța reținând că I.I. a încălcat obligațiile contractuale, astfel cum s-a consemnat în documentul constatator, situație față de care, în mod corect, DGASPC Botoșani a dispus rezilierea acordului-cadru (pag. 14 din sentință). Sustineri similare se regăsesc și în decizia nr. 39/03.02.2020 a Curții de Apel Suceava, instanță care a respins recursul promovat de I.I. împotriva sentinței nr. 725/24.10.2019.

Constatând că de la data emiterii documentului constatator nr. 4579/25.02.2019 nu a fost depășit termenul de 3 ani stipulat de art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul apreciază că în ceea ce privește documentul constatator nr. 4579/25.02.2019 sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În plus, Consiliul reține că însăși autoritatea contractantă a emis pentru contestatoare trei documente contestatoare negative ale căror

numere le menționează la pag. 9 a punctului de vedere, respectiv documentele constatatoare nr. 10660/12.07.2019, nr. 10661/12.07.2019 și nr. 10662/12.07.2021 (pe care le și depune la dosar, anexate punctului de vedere – vol. 2/3 din dosarul cauzei) care atestă că I.I. nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, în mod corespunzător și în legătură cu care contestatoarea nu formulează niciun fel de apărări deși a studiat dosarul cauzei la sediul CNSC iar punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă i-a fost comunicat acesteia.

Față de cele mai sus menționate și luând în considerare cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că de vreme ce motivul de respingere a ofertei contestatoarei referitor la existența documentului constatator nr. 4579/25.02.2019 este întemeiat, motivele de respingere privind celelalte documente constatatoare care se regăsesc detaliate în cadrul actului atacat, sunt lipsite de relevanță de vreme ce chiar dacă ar fi întemeiate nu ar putea conduce la anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 2167/11.02.2021.

În ceea ce privește practica CNSC invocată de contestatoare, Consiliul o apreciază ca nerelevantă deoarece situația din prezenta cauză este diferită, procedura de contestare prevăzută de Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ pentru documentului constatator nr. 4579/25.02.2019, **fiind finalizată la data emiterii actului atacat**, sentința nr. 725/24.10.2019 a Tribunalului Suceava și decizia nr. 39/03.02.2020 a Curții de Apel Suceava fiind definitive **ca și documentul constatator nr. 4579/25.02.2019**, la a cărei ignorare autoritatea contractantă nu poate fi obligată, așa cum Consiliu a arătat deja, dispozițiile legale instituind, 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**, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Se mai reține ca relevant, pe de o parte, faptul că legalitatea documentului constatator nr. 4579/25.02.2019 a fost și confirmată de instanța de judecată competentă, iar pe de altă parte, se rețin considerentele sentinței civile nr. 437/2020 a Tribunalului Bacău și cele ale deciziei nr. 244/2020 a Curții de Apel Bacău referitoare la același document constatator nr. 4579/25.02.2019 și efectele acestuia, după respingerea în mod definitiv a acțiunii promovată de contestatoare pentru anularea acestui înscris. Hotărâri judecătorești anterior menționate au fost transmise autorității contractante de Consiliul Județean Bacău prin adresa înregistrată la Consiliul Județean Vaslui sub nr. 1822/04.02.2021, ca urmare a solicitării acesteia nr. 1644/02.02.2021 (aceste documente aflându-se la dosarul cauzei, în vol. 2/3 pag. 187, 235-243).

Față de cele anterior menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de I.I., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de I.I., în contradictoriu cu

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 4 exemplare originale, conține 52 pagini.