

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

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 41027/06.08.2021, formulată de ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul de corespondență ales în ..., împotriva raportului procedurii nr. 4077/28.07.2021, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect **„Achiziție combustibil lichid ușor-Clu 2021”**, s-a solicitat anularea înscrisului susmenționat și reevaluarea ofertelor ținând cont de prevederile art.167-art.171 din Legea nr.98/2016.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ...SRL critică raportului procedurii nr. 4077/28.07.2021, emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire arătată, solicitând cele precizate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...SRL susține că, în cadrul procedurii, au fost depuse două oferte, de către societatea sa și ...SRL, oferta acestui din urmă ofertant fiind declarată și câștigătoare, la un preț de 1.790 lei/to, fără TVA, preț mai mic cu 44% față de valoarea estimată.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă nu a solicitat justificări privind sustenabilitatea prețului ofertat de societatea câștigătoare, deși avea această obligație în condițiile în care prețul acesteia reprezenta aproape jumătate din valoarea estimată.

Susține contestatorul că, prin adresa nr.1017/06.07.2021, a adus la cunoștința autorității contractante faptul că pe numele câștigătorului s-a emis documentul constatat negativ nr.3528/10.02.2021, act publicat în SICAP și necontestat, de către ..., potrivit căruia au fost încălcate obligațiile contractuale motiv pentru care s-a ajuns la încetarea

anticipata/rezilierea respectivului acord-cadru și reținerea garanției de bună execuție.

Astfel fiind, apreciază contestatorul că erau incidente prevederile art.167 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă având obligația de a exclude operatorul ...SRL.

În opinia contestatorului, lipsa demersurilor din partea autorității contractante cu privire la demonstrarea credibilității operatorului în culpă nu poate fi sancționată decât cu anularea raportului procedurii, faptele întrunind chiar elementele constitutive ale complicității la infracțiunea de fals intelectual.

Contestatorul precizează că în raportul procedurii de atribuire nu se arată nimic cu privire la documentul constatator negativ emis pe numele câștigătorului, deși autoritatea contractantă avea obligația să verifice informațiile false cuprinse în cadrul DUAE.

Invocând prevederile art. 171 din Legea nr.98/2016, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a încălcat cu bună știință prevederile legale având în vedere că a fost înștiințată cu privire la situația juridică a câștigătorului, motiv pentru care se impune anularea actului contestat și reevaluarea ofertelor, în conformitate cu art.167-art.171 din Legea nr. 98/2016.

În drept, se invocă prevederile Legii nr.101/2016 și celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul contestației.

Se solicită cheltuieli de judecată în cuantum de 3500 lei.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 4412/13.08.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 42909/17.08.2021, ... a solicitat, pe cale de excepție, respingerea contestației depusă de ...SRL ca tardivă și depusă de o persoană fără calitate de reprezentant, iar pe fondul cauzei, a solicitat respingerea contestației, ca nelegală, netemeinică și menținerea tuturor actelor efectuate de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire.

În susținerea excepției tardivității contestației, autoritatea contractantă precizează, raportat la prevederile art.8 alin.1 lit.b coroborat cu art.8 alin.2 din Legea nr.101/2016, că ...SRL nu face deloc dovada transmiterii contestației, în termenul legal.

În ceea ce privește lipsa calității de reprezentant a avocatului ..., persoană care semnează contestația, autoritatea contractantă susține că lipsește mandatul acordat de conducerea ...SRL, respectiv împuternicirea avocațială, în conformitate cu dispozițiile Codului de procedură civilă.

Pe fondul cauzei, în ceea ce privește critica ce vizează prețul ofertat de câștigător, autoritatea contractantă precizează că a considerat că nu este necesar să solicite clarificări raportat la prețul neobișnuit de scăzut, motivat de faptul că achizițiile de combustibil lichid ușor (CLU) efectuate în anul 2021 au fost realizate la prețuri comparabile, chiar mai mici decât oferta desemnată câștigătoare.

Referitor la documentul constatator negativ eliberat în numele și pe seama ofertantului ...SRL, respectiv actul nr. 3528/10.02.2021, publicat în SICAP, de către ..., adus la cunoștința prin adresa nr. 1017/06.07.2021, autoritatea contractantă precizează că a răspuns informării contestatorului, contrar susținerii acestuia, prin adresa nr. 3749/12.07.2021.

Autoritatea contractantă învederează că atât ofertantul câștigător cât și contestatorul dețin un document constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, motiv pentru care comisia de evaluare a solicitat celor doi participanți printre altele și explicații, clarificări pentru cele consemnate în respectivele documente constatatoare prin adresele nr.3746/12.07.2021, către ...SRL și nr.3474/12.07.2021, către ...SRL.

Ca urmare a transmiterii, în termen, a răspunsului la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a conchis că răspunsurile celor doi operatori economici sunt complete și concludente aceștia fiind declarați admiși atât din punct de vedere al documentelor de calificare cât și din punct de vedere al propunerilor tehnice pentru etapa următoare.

Față de mențiunile cuprinse în cele două documente constatatoare, comisia de evaluare a considerat, după cum se arată că nu sunt întrunite toate condițiile pentru respingerea ofertantului ...SRL, potrivit art.166 alin.8 din H.G. nr.395/2016.

Autoritatea contractantă susține că a respectat întru-totul prevederile legale, principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, în cauză, nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea și asumarea răspunderii, motiv pentru care solicită respingerea contestației, ca fiind tardiv introdusă, iar pe fond respingerea acesteia ca nelegală, netemeinică și menținerea tuturor actelor efectuate în cadrul procedurii de atribuire.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisurile aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 43769/20.08.2021, ...SRL a răspuns punctual excepțiilor invocate de ..., precizând că la dosarul cauzei a fost depusă împluternicirea avocațială, în original, anexând totodată și dovada transmiterii, în termen, a contestației prin serviciul de curierat rapid.

Pe fondul cauzei prezintă argumente în combaterea susținerilor autorității contractante cu privire la documentul constatator emis pe numele societății sale, arătând că nu intră sub incidența art.167 alin.2 lit.g din Legea nr.98/201.

Consiliul, în contextul în care autoritatea contractantă a înțeles să invoce excepțiile tardivității contestației și lipsei calității de reprezentant a persoanei semnatare a contestației, se va pronunța, în raport de

dispozițiile art.26 alin.1 din Legea nr.98/2016, cu prioritate, asupra acestora.

Astfel:

1. Examinând excepția tardivității contestației, Consiliul o va respinge față de dovezile transmise de contestator la dosarul cauzei, constând în AWB-urile emise de serviciul de curierat rapid NemoExpress, care atestă transmiterea contestației, atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, la data de 04.08.2021, ultima zi a termenului legal de 7 zile prevăzut de art.8 alin.1 lit.b și alin.2 din Legea nr.101/2016, care a început să curgă la data de 28.07.2021, a comunicării rezultatului procedurii.

În aprecierea acestei finalități, relevante sunt dispozițiile art.183 alin.1 C.proc.civ., potrivit cu care **„A d p *depus înăuntr term p d leg prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la u serviciu d c rapid* ori la un serviciu specializat de comunicare ori transmis prin fax sau e-mail, est socot a f fă î term ”**

2. Examinând excepția lipsei calității de reprezentant a persoanei semnatare a contestației, Consiliul o va respinge, de asemenea, în considerarea Împuternicirii avocațiale aflate la dosarul cauzei, semnată de reprezentatul legal al ...SRL, din care rezultă calitatea de reprezentant convențional, în baza contractului de asistență juridică nr.32/2021, a CA

Pe fond, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului de furnizare având ca obiect **„Achiziție combustibil lichid ușor-Clu 2021”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr..../22.06.2021.

Valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 206.400,00 lei și 361.200,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au fost depuse în cadrul procedurii două oferte, respectiv de către contestator și ...SRL, care au fost vizualizate, în SEAP, la data de 05.07.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.3646/05.07.2021.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.4077/28.07.2021, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de ...SRL, cu o propunere financiară de 143.840 lei, în timp ce oferta depusă de contestatorul ...SRL a fost declarată admisibilă și clasată pe locul 2, cu o propunere financiară de 201.040 lei, fără TVA.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, respectiv a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, ...SRL a depus contestația de față, constituind cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

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

...SRL critică decizia de desemnare a ofertei câștigătoare, susținând că este nelegală, deoarece, pe de o parte, autoritatea contractantă nu a solicitat justificări ale sustenabilității prețului propus de ...SRL, ofertant câștigător, iar, pe de altă parte, pe numele ofertantului menționat este emis documentul constatator negativ nr.3528/10.02.2021, de către ..., astfel că autoritatea contractantă avea obligația să procedeze la excluderea acestuia din procedură, în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016.

În analiza temeiniciei criticilor contestatorului, nefiind ținut de ordinea statuată de contestator, Consiliul se va pronunța, cu înțâietate, asupra criticilor legate de incidența, în privința ofertei câștigătoare, a cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016.

Consiliul nu va verifica legalitatea documentului constatator nr. 3528/10.02.2021, acest aspect urmând a fi verificat de instanța de judecată competentă, în măsura în care ...SRL va înțelege să atace respectivul document, ci aspectul subsidiar invocat de contestator, respectiv încadrarea ofertei câștigătoare în ipoteza reglementată de textul legal menționat.

Se impune a fi precizat că, în lipsa unor probe din care să rezulte că actul constatator în discuție a fost anulat, ori suspendate efectele lui, acesta se bucură de prezumția de legalitate și produce efecte juridice.

Depășind aceste aspecte cu caracter preliminar, dar important a fi punctate, se reține că dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, incidente ofertei câștigătoare în opinia contestatorului, stabilesc că:

„(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;

La alin. (8) al aceluiași articol, se prevede că:

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

În raport cu aceste dispoziții legale, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, condiții cumulative a căror îndeplinire trebuie să rezulte din documentul constatator sunt:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sanțiuni comparabile.

Din actele dosarului, se observă că, ulterior luării la cunoștință despre existența documentului constatator nr. 3528/10.02.2021, în etapa de evaluare a ofertelor, membrii comisiei de evaluare au transmis ...SRL adresa de clarificări nr. 3746/12.07.2021, în care, printre altele, i s-a solicitat:

„2. În DUAE, Partea III: Motive de excludere, secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, la mențiunea Încetare anticipată, daune interese sau alte sanțiuni comparabile ați răspuns cu: NU. Din verificările efectuate prin intermediul platformei SEAP secțiunea Documente constatatoare am identificat documentul constatator nr.3528/10.02.2021, emitent: Spitalul de Psihiatrie și pentru Măsură de Siguranță Săpoca, jud.Buzău, act care pune sub semnul întrebării și totodată contrazice răspunsul dumneavoastră din DUAE.

În consecință, vă solicităm să clarificați aspectele menționate în documentul constatator 3528/10.02.2021, astfel: neîndeplinirea obligațiilor, furnizarea de produse neconforme; rezilierea contractului; reținerea garanției de bună execuție sau alte daune – interese. Vă solicităm să ne transmiteți măsurile pe care le-ați dispus, privind contestarea sau nu a documentului susmenționat.”

Prin adresa nr.224/15.07.2021, ...SRL a formulat răspunsul:

„Răspuns întrebare nr.2

Vă informăm că la acest moment societatea noastră se află în litigiu cu ..., urmare documentului constatator nr.3528/10.02.2021.

Societatea noastră a depus conform legii plângere prealabilă către Spitalul Săpoca în termenul legal, urmând a fi depusă contestație în instanță. Spitalul Săpoca nu a respectat legea și a publicat respectivul certificat în SICAP, contrar Legii contenciosului administrativ nr.544/2004, unde termenul legal de contestare este de 6 luni de la emiterea documentului.

Drept urmare vă rugăm să nu luați în considerare certificatul constatator nr.3528/10.02.2021.”

Acest răspuns a fost considerat concludent de către comisia de evaluare care, în procesul-verbal nr.3832/16.07.2021, a consemnat:

„Comisia de evaluare consideră că răspunsurile primite la solicitarea de clarificare sunt complete și concludente. În ceea ce privește situația prezentată în documentul constatator 3528/10.02.2021, situație care ar conduce la respingerea ofertantului conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, comisia de evaluare a

analizat cu atenție informațiile din documentul constatator cât și răspunsul transmis de către operator și a considerat că nu sunt întrunite toate condițiile pentru respingerea ofertantului în temeiul art.166 alin.8 din H.G. 395/2016: 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.

Având în vedere că au fost clarificate aspecte privind îndeplinirea cerințelor de calificare și aspecte privind propunerea tehnică, oferta SC ...SRL este declarată admisă din punct de vedere al documentelor de calificare cât și din punct de vedere al propunerii tehnice.”

Față de această motivare, Consiliul nu poate reține că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația de evaluare prin prisma dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv că a verificat îndeplinirea condițiilor cumulative enunțate, în contextul în care avea cunoștință despre documentul constatator nr. 3528/10.02.2021, emis pe numele ...SRL.

Afirmația conform căreia au fost analizate *cu atenție informațiile din documentul constatator cât și răspunsul transmis de către operator și a considerat că nu sunt întrunite toate condițiile pentru respingerea ofertantului în temeiul art.166 alin.8 din H.G. 395/2016*, nu poate reprezenta nicidecum o dovadă a achitării de obligația legală impusă în sarcina comisiei de evaluare, fiind necesară prezentarea unei justificări care a stat la baza deciziei adoptate, anume de ce condițiile legale nu sunt îndeplinite, care sunt rațiunile care au condus spre o asemenea concluzie.

Chiar dispozițiile art. 166 alin. 8 din H.G. nr. 395/2016, pe care autoritatea contractantă a înțeles să le invoce în susținerea concluziei sale, fac vorbire despre obligația comisiei de evaluare de a analiza dacă documentul constatator reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, or, din niciun document al comisiei de evaluare nu rezultă efectuarea analizei impuse.

Cât privește solicitarea ofertantului de a nu fi luat în considerare documentul constatator deoarece ar face obiectul unei plângeri prealabile, dincolo de împrejurarea că nu se prezintă nicio dovadă în acest sens, nu îndreptățește autoritatea contractantă să ignore respectivul document, care este unul unilateral, emis de o autoritate contractantă, beneficiază de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, de care se bucură orice act administrativ până la anularea lui de către instanță, astfel că, în acest moment, efectele juridice ale lui nu pot fi înlăturate.

Este adevărat că autoritatea contractantă a procedat la transmiterea unei solicitări de clarificări cu privire la actul constatator în discuție, dar acest demers, deși legal și obligatoriu în situația dată, nu este suficient în adoptarea unei decizii, fiind necesar a fi dublat de analiza prescrisă de lege.

Prin urmare, se impune ca autoritatea contractantă să procedeze la verificarea răspunsului furnizat de SC ...SRL, cu luarea în considerare a documentului constatator nr. 3528/10.02.2021 ca atare, în condițiile în care se află în circuitul civil și produce efecte juridice.

O eventuală stabilire a îndeplinirii cumulative a condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu atrage, însă, respingerea ofertantului câștigător din procedură, așa cum consideră contestatorul, ci aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care:

„(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.”

Așadar, condițiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. 1-3, în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii din procedură.

Nu lipsit de importanță este și faptul că cea chemată să aprecieze asupra dovezilor furnizate este singură autoritatea contractantă, drept care nu poate fi cenzurat de Consiliu/instanțele de judecată decât în situația exercitării lui abuzive, așa cum a statuat în mod constant și practica judiciară, relevantă fiind decizia nr.7203/17.12.2018, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a reținut:

„(...) Din dispozițiile legale enunțate, reies următoarele concluzii, pentru cazul special de excludere prevăzut la lit.g (n.n. art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016):

- *autoritatea contractantă este obligată să procedeze la excludere dacă, urmare a situației constatate, măsura de a participa la procedura de atribuire a fost aplicată prin hotărâre definitive a unei instanțe de judecată; această obligație intervine automat, operativul economic neavând posibilitatea ca, în aplicarea dispozițiilor art.171 alin.1-3, să mai convingă autoritatea de credibilitatea sa;*

- *autoritatea contractantă nu poate exclude operatorul care, desi se află în situațiile de excludere prevăzute la art.167, a expirat perioada de 3 anu de la data apariției situației săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant;*

- **autoritatea contractantă are dreptul de a exclude** operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art.167, 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 constatator 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 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă 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.

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, se observă că în cuprinsul procesului-verbal au fost menționate toate împrejurările relevante care au format opinia autorității contractante în sensul păstrării în procedură a petentei; (...)”

Sintetizând cele de mai sus, Consiliul reține că invocarea unui document constatator nu este de natură a justifica o decizie de respingere a ofertei întemeiată pe art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă având obligația verificării îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute de acest articol și, mai apoi, dacă apreciază îndeplinite condițiile, să solicite ofertantului dovezi ale credibilității în raport cu motivul de excludere, dovezi pe care are obligația de a le analiza și a adopta justificat o decizie.

De asemenea, față de susținerile contestatorului conform cărora autoritatea contractantă „avea obligația să verifice informațiile false cuprinse în cadrul DUAE”, se impune ca autoritatea contractantă să

efectueze verificări asupra ofertei câștigătoare și prin prisma dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, mai cu seamă că a și sesizat ofertantului în discuție, prin adresa de clarificări nr.3746/12.07.2021, că existența documentului constatator *„pune sub semnul întrebării și totodată contrazice răspunsul dumneavoastră din DUAE”*.

Reține Consiliul că în DUAE depus SC ...SRL nu a declarat existența documentului constatator nr.3528/10.02.2021, pe care ulterior, în cadrul răspunsului la clarificări și l-a recunoscut.

Util de precizat este faptul că lit. h) a art. 167 alin. (1) din Legea nr.98/2016 instituie un caz distinct de excludere din procedură, cu privire la incidența căruia autoritatea contractantă trebuie să efectueze verificări.

În speța de față, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului câștigător cu privire la neconcordanța dintre situația existenței documentului constatator și cele declarate în DUAE, însă nu a procedat și la verificarea răspunsului primit.

Revine, așadar, autorității contractante obligația de a stabili, mai întâi, incidența cazului de excludere și abia apoi sancțiunea corespunzătoare dacă se impune.

Practica CNSC și a instanțelor de judecată este constată în sensul în care stabilirea incidenței cazului de excludere de la lit. h) conduce la respingerea ofertei fără alte demersuri, relevantă fiind decizia nr.122/02.02.2021, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, în care s-a arătat:

„Omisiunea declarării în DUAE a unor motive de excludere reprezintă o situație extrem de gravă care pune în discuție credibilitatea și seriozitatea operatorului economic. Ascunderea față de autoritatea contractantă a unor astfel de informații conduce la influențarea în mod nepermis a procesului decizional al autorității contractante care este pusă în situația de a „valida” bonitatea și seriozitatea operatorului economic, în ciuda faptului că acesta, dimpotrivă, ar trebui „sanționat” pentru conduita sa prin excluderea din procedura de atribuire.

Pentru aceste considerente, Curtea reține că declararea drept câștigătoare a ofertei s-a făcut cu încălcarea de către autoritatea contractantă a principiilor nediscriminării și tratamentului egal, întrucât aceasta a trecut sub tăcere nedeazăluirea la nivel DUAE a existenței unei situații potențiale de excludere, de natură să cadă sub incidența art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016. Totodată, prin acceptarea unui DUAE întocmit necorespunzător autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal între ofertanți prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, față de ceilalți ofertanți pe numele cărora ar fi fost emise asemenea documente, dar au ales să nu participe la procedură.”

Procedând de maniera arătată, rezultă că autoritatea contractantă nu a finalizat evaluarea ofertei în discuție, astfel că se impune

continuarea evaluării în considerarea celor de mai sus, decizia de desemnare a ofertei câștigătoare fiind, pe cale de consecință, nelegală.

În ceea ce privește critica contestatorului conform căreia autoritatea contractantă nu a cerut ...SRL dovezi ale sustenabilității prețului propus, deși era obligată în raport cu oferta primită, de aproape jumătate din valoarea estimată, Consiliul o apreciază ca neîntemeiată.

Astfel, relevante sunt următoarele dispoziții legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016:

„ (1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).

(4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 51 alin. (1).

(5) Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.

(6) În cazul în care autoritatea contractantă respinge o ofertă pentru motivul prevăzut la alin. (5), va informa Comisia Europeană după consultarea cu Consiliul Concurenței”.

- art. 136 din HG nr. 395/2016:

„(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate

îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă”.

Legislația actuală, spre deosebire de legislația anterioară (O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006), nu mai definește ofertele cu preț aparent neobișnuit de scăzut prin stabilirea unui procent din valoarea estimată.

Din actele dosarului, rezultă că, prin procesul-verbal nr.3902/20.07.2021, membrii comisiei de evaluare nu au considerat prețul propus de ...SRL ca fiind unul care se încadrează în categoria celor aparent neobișnuit de scăzute, declarând admisibilă propunerea financiară a acestui ofertant.

În contextul în care autoritatea contractantă nu a considerat necesare justificări ale prețului propus, considerând suficiente documentele prezentate, susținerile contestatorului în ceea ce privește încălcarea atribuției de verificare a propunerii financiare depusă de ofertantul câștigător de către autoritatea contractantă, sunt vădit eronate.

Separat de acestea, autoritatea contractantă opune criticii contestatorului facturi emise în anul 2021 pentru achiziționarea tipului de produs care se dorește a fi achiziționat și urmare a derulării prezentei proceduri, din care rezultă prețuri comparabile pe tonă cu cel ofertat de câștigător în procedura de față.

Chiar dacă respectivele facturi sunt emise de același operator economic desemnat câștigător și în prezenta procedură, respectiv ...SRL, Consiliul le apreciază ca relevante, constituind dovezi ale sustenabilității prețului practicat.

În speță, contestatorul nu aduce vreo dovadă din care să reiasă imposibilitatea câștigătorului de a îndeplini obligațiile contractuale în forma în care și le-a asumat prin oferta depusă, din cauza prețului, susținerile sale reprezentând simple afirmații care nu sunt de natură a întări convingerea Consiliului în sensul temeiniciei lor.

Conform art. 249 din Codul de procedură civilă *„Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege”*, această regulă fiind exprimată prin adagiul

„actori incumbit onus probandi” (reclamantului îi incumbă sarcina probei), astfel că o simplă afirmație nu este suficientă.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula raportul procedurii nr.4077/28.07.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ...SRL, precum și actele subsecvente acestuia, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

Cu privire la cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației (onorariu avocațial), în sumă de 3.500 lei, dovedite cu factura nr.11/04.08.2021, achitată cu chitanța nr.11/04.08.2021, Consiliul, văzând dispozițiile alin.9 al aceluiași articol și ținând seama de soluția de admitere a contestației, va proceda la obligarea autorității contractante la plata către contestator a sumei de 3.500 lei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile tardivității și lipsei calității de reprezentant a persoanei semnatare a contestației, invocate de

Admite contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii nr.4077/28.07.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ...SRL, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestator a sumei de 3.500 lei, cu titlu de cheltuieli ocazionate de soluționarea contestației.

Obligatorie.

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.

....