

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 54939/29.08.2024, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 571841/1/19.08.2024 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 571841/19.08.2024, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*Achiziție echipamente de securitate tip Sandbox, cu subscripție și suport în vederea detectării programelor malware*”, se solicită admiterea contestației, anularea raportului procedurii nr. 571841/19.08.2024, prin care a fost respinsă oferta sa ca fiind inacceptabilă și a fost anulată procedura de achiziție, precum și a tuturor actelor subsecvente vătămătoare, inclusiv anularea adresei nr. 571841/1/19.08.2024 de comunicare a rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei sale, precum și încuviințarea studierii dosarului achiziției publice.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică modalitatea prin care autoritatea contractantă i-a evaluat oferta, a declarat-o ca fiind inacceptabilă și a anulat procedura de atribuire.

I. Scurtă prezentare a situației de fapt relevante

La data de 14.05.2024, autoritatea contractantă a publicat, în SEAP anunțul de participare nr. ... privind atribuirea prin licitație deschisă a

contractului de achiziție publică de produse, constând în două echipamente de securitate tip Sandbox, cu subscripție și suport în vederea detectării programelor malware, necesare pentru securitatea Sistemului Integrat de Comunicații tip Mesagerie Electronică la nivelul Aparatului Central, valoarea estimată a achiziției fiind de 1.993.000 lei, fără TVA.

Văzând anunțul de participare și după consultarea caietului de sarcini, contestatorul a depus oferta sa împreună cu toate documentele solicitate prin caietul de sarcini. Acesta a fost singurul ofertant care a depus toate documentele în cadrul respectivei proceduri.

După depunerea ofertei, comisia de evaluare a emis solicitări de clarificând, respectiv:

(i) Prin solicitarea de clarificare nr. 571499/1 din 26.07.2024, comisia de evaluare a solicitat să se furnizeze clarificări privind informațiile publice, regăsite în SEAP, privind emiterea Documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP sub nr. ..., publicat la data 09.07.2024.

Contestatorul a răspuns clarificărilor suplimentare solicitate prin adresa nr. 3310724/31.07.2024, la care a atașat clarificările și înscrisurile solicitate.

(ii) Prin adresa nr. 571689/1 din 07.08.2024, comisia de evaluare a emis solicitarea de clarificare 3, prin care a solicitat contestatorului, clasat pe primul loc, să prezinte documente-suport/dovezi pentru demonstrarea celor prezentate în DUAE.

Acesta a răspuns clarificărilor suplimentare solicitate prin adresa nr. 11120824/12.08.2024, furnizând toate dovezile și explicațiile necesare.

Lista documentelor depuse de contestator și datele principale ale ofertei au fost consemnate de către comisia de evaluare în procesul-verbal al ședinței de accesare a ofertelor, înregistrat cu nr. 570994/26.06.2024.

În urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, prin raportul procedurii, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 571841/19.08.2024, nicio ofertă nu a fost declarată inacceptabilă/neconformă/neadecvată de către comisia de evaluare.

Cu toate acestea, comisia de evaluare a concluzionat că oferta contestatorului se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, întrucât la data de 09.07.2024 a fost publicat în SEAP Documentul Constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr. ..., din care rezultă că respectivul contract nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, motiv pentru care contractul a fost reziliat, cu prejudicii aduse autorității contractante (Inspectoratul General al Poliției de Frontieră - IGPF).

Comisia de evaluare a concluzionat că răspunsurile contestatorului la solicitările de clarificare nu sunt concludente, iar oferta este

considerată inacceptabilă conform dispozițiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016. Totodată, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea 98/2016, comisia de evaluare a exclus oferta contestatorului din procedura de atribuire și, potrivit art. 212 alin. (1) lit. a) din aceeași lege, a propus anularea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă a comunicat contestatorului adresa nr. 571841/1 din 19.08.2024, privind rezultatul procedurii de atribuire, prin care aceasta i-a respins oferta ca inacceptabilă și a anulat procedura de achiziție publică.

II. Dovedirea interesului legitim de a formula prezenta contestație

Conform art. 2 din Legea nr. 101/2016, se dovedește interesul legitim de a formula prezenta contestație prin faptul că ... are calitatea de ofertant - participant la procedura de achiziție publică (singurul ofertant), având interes direct în soluționarea cauzei, astfel că în eventualitatea admiterii contestației, există șanse reale ca oferta sa să fie declarată câștigătoare, urmând a-i fi atribuit contractul ce face obiectul procedurii.

III. Anularea comunicării de respingere emisă de autoritatea contractantă, a tuturor actelor subsecvente și obligarea acesteia la reluarea fazei de evaluare a ofertelor, față de nelegalitatea actelor prin care oferta contestatorului a fost respinsă și declarată inacceptabilă și exclusă din procedura de atribuire

III.1. Cadrul legal aplicabil

Contestatorul citează prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8), art. 171 alin. (1), (2), (3) și (5) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE. Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 par. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE, citat.

În speța de față, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată, respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

a) ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior; și

b) 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.

Condițiile arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precizare citată mai sus, în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut

evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În același timp, alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, aduce lămuriri asupra modului în care vor fi interpretate încălcările grave ale obligațiilor contractuale, prezentând exemple concrete, printre acestea regăsindu-se și deficiențele semnificative ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus.

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul nu a impus existența unui anumit înscris, având un anumit conținut, dar se evocă art. 166 alin. (3) și (4) din H.G. nr. 395/2016.

III.2. Excluderea ... din procedura de achiziție, fără o verificare corespunzătoare a măsurilor/clarificărilor prezentate, este nelegală

Deși contestatorul arată că a prezentat explicații și dovezi clare și pertinente în răspunsurile oferite autorității contractante la cele două solicitări de clarificări în legătură cu Documentul Constatator negativ, în baza căruia a fost declarată inacceptabilă oferta, cu toate acestea, autoritatea contractantă nu le-a analizat nici măcar superficial, excluzându-i direct oferta.

Motivarea formală a deciziei de respingere a ofertei ca inacceptabilă trebuia fundamentată pe o evaluare temeinică a documentelor constatatoare avute în vedere, iar nu pe o analiză superficială, de natură a încălca principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal al ofertanților, dar și a dreptului la apărare al contestatorului.

Astfel, conform prevederilor dreptului european, nu se acceptă excluderea automată a operatorului economic, ci doar după ce analiza efectuată în procesul de evaluare printr-o apreciere concretă și individualizată relevă o culpă evidentă, o intenție culpabilă sau o gravă neglijență, având consecințe de o gravitate considerabilă.

Or, niciunul dintre elementele expuse anterior nu este dovedit de comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă limitându-se la a arăta doar că există un document constatator negativ, fără însă a verifica și explica de ce apreciază că sunt îndeplinite condițiile de excludere, respectiv de ce dovezile de credibilitate aduse de contestator nu sunt suficiente.

În continuare, contestatorul citează din Hotărârea CJUE din 30.01.2020 în cauza C-395/18, având că obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Tribunale amministrative regionali per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, Italia), în procedura Tim SpA- Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze și din Decizia CNSC nr. 404/C11/282/15.03.2019.

În cauza de față, prin excluderea ... și anularea procedurii, autoritatea contractantă nu a respectat nici principiul proporționalității,

care reprezintă un principiu fundamental al dreptului european, reglementat *expressis verbis* pentru prima dată în materia achizițiilor publice, prin Directiva 2014/24/UE și transpus în dreptul național atât prin Legea nr. 99/2016, cât și prin Legea nr. 98/2016.

În dreptul comunitar s-a statuat faptul că principiul proporționalității trebuie analizat sub 3 aspecte importante:

- dacă măsura este un mijloc corespunzător pentru realizarea obiectivului;

- dacă măsura este necesară pentru realizarea obiectivului;

- dacă există o legătură rezonabilă între măsură și obiectiv.

În cazul de față, autoritatea contractantă nu doar că a exclus într-un mod nejustificat oferta, dar prin această excludere a contravenit principiului european susnumit și prin aceasta a ajuns de a nu avea nicio altă ofertă, procedura fiind anulată, ceea ce a condus inclusiv la vătămarea în mod grav a interesului public.

Se citează din jurisprudența CJUE - Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C- 157/96, pct. 60 și cauza C-171/15, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Hoge Raad der Nederlanden (Curtea Supremă a Țărilor de Jos), prin decizia din 27.03.2015, primită de Curte la 15.04.2015, în procedura Connexxion Taxi Services BV împotriva Staat der Nederlanden - Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV.

În acest sens, drepturile entităților contractante nu trebuie privite drept o cauză de eliminare a competitorilor, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție și de a nu înlătura ofertanții care produc dovezi care atestă credibilitatea lor.

Comisia de evaluare este ținută să respecte principiile egalității de tratament și proporționalității, efectul acestora în asigurarea securității juridice a procedurii de atribuire fiind influențat, în mod direct, de evaluarea individuală a ofertanților, prin filtrul documentelor înaintate de către aceștia și, ulterior, clarificate de comisia de evaluare.

Or, conduita autorității contractante din speța de față nu poate convinge asupra faptului că aceasta a înțeles că operațiunea de verificare (evaluare) a ofertelor nu este una abstractă. În lipsa unor verificări dictate expres de art. 171, ante citat, activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjuncturală, subiectivă și arbitrară, comisia de evaluare putând să respingă sau să declare admisibilitatea unei oferte, chiar dacă ea nu este pe deplin justificată.

III.3. Clarificările prezentate în legătură cu documentul constatator negativ și dovada credibilității ...

Faptul că art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, citat, permite autorității contractante să evalueze credibilitatea unui operator economic chiar și în situația în care acesta este condamnat printr-o hotărâre

juducătorească de comiterea infracțiunilor prevăzute la art. 164 din Lege (e.g. constituirea de grup infracțional organizat, acte de terorism etc.), este evident că o astfel de evaluare poate opera și în cazul unor fapte mai puțin grave, cum sunt cele prevăzute de art. 167 din Lege.

În acest sens, simpla existență a unui document constatatator negativ nu poate conduce la excluderea automată a unui ofertat din cadrul unei proceduri de atribuire, având în vedere că Directiva nr. 24/2014/CE (art. 57 și urm.) a introdus procedura de self-cleaning, care-i permite unui operator economic să facă dovada fiabilității/credibilității sale, chiar și în situația în care se află într-o situație de excludere.

În același sens sunt și concluziile speței 1052 regăsită în Biblioteca de spețe a ANAP, din care se citează. Astfel, în raport de prevederile art. 634 din Codul de procedură civilă, se consideră că, până la pronunțarea unei hotărâri definitive, orice ofertant este îndreptățit să completeze în DUAЕ cu mențiunea „NU” la rubrica „încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni”.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul susține că a prezentat explicații detaliate și a adus dovezi concrete în legătură cu motivele/cauzele care au dus la emiterea de către IGPF a Documentului Constatator negativ, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, respectiv adresele nr. 3310724/31.07.2024 și nr. 11120824/12.08.2024, anexate.

Astfel, contestatorul a arătat că Documentul constatatator publicat pe SEAP sub nr. ... a fost emis în legătură cu Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021, care a fost încheiat între Inspectoratul General al Poliției de Frontieră, în calitate de autoritatea contractantă și asocierea de firme formată din Identity&Security France („Idemia”) și ...

Contractul de achiziție publică nr. 281/22.09.2021 a fost modificat succesiv. Obiectul Contractului constă în achiziția a 465 complete fixe de control EES, a 409 dispozitive mobile de control EES, a unei platforme de management centralizat dispozitive mobile de control, a 134 cititoare fixe de documente de călătorie/vize și a 29 cititoare fixe de amprente.

Asocierea ... a predat toate dispozitivele care formează obiectul Contractului, iar toate dispozitivele, cu excepția celor 409 dispozitive mobile, au fost recepționate de către IGPF ca fiind conforme cu Contractul. În mod corespunzător, toate sumele datorate potrivit Contractului de către IGPF pentru dispozitivele recepționate, au fost achitate către Asociere.

În ceea ce privește dispozitivele mobile, deși acceptanța cantitativă a acestora a avut loc, IGPF a respins în mai multe rânduri recepția dispozitivelor mobile, invocând pretinsa nerespectare a unor cerințe care însă nu se regăseau în documentația de atribuire, ci reprezentau funcționalități suplimentare ale dispozitivelor mobile.

Cu buna credință, cei doi membri ai Asocierii, ... și Idemia, au depus de-a lungul executării Contractului eforturi constante pentru a

răspunde solicitărilor suplimentare ale IGPF, urmărind de fiecare dată scopul final ca proiectul să fie implementat cu succes.

În ciuda eforturilor Asocierii, IGPF a comunicat adresa nr. 219722, prin care a reziliat Contractul în ceea ce privește cele 409 dispozitive mobile („Notificarea de Reziliere”).

În Notificarea de Reziliere, IGPF a menționat că a reziliat Contractul exclusiv în ceea ce privește obligația de furnizare a 409 dispozitive mobile de control, începând cu data notificării, în contextul respingerii recepției cantitative și calitative a celor 409 dispozitive mobile de control EES, ca urmare a neremedierii neconformităților constatate la recepțiile anterioare, precum și faptului că până la data ultimei recepții (25.04.2024) au fost înregistrate 725 de zile de întârziere pentru 391 dispozitive mobile de control și 435 zile de întârziere pentru 18 dispozitive mobile de control.

Membrii Asocierii au contestat măsură rezilierii, solicitând în fața Tribunalului București anularea acesteia pentru nelegalitate, fiind format astfel dosarul nr. 19985/3/2024, cu termen de judecată la data de 04.10.2024.

IGPF a menționat în cuprinsul Documentul Constatator următoarele:

- „Contractul nu a fost îndeplinit corespunzător”;
- „Nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări din culpă: au fost calculate penalități pentru nelivrarea echipamentelor în termenele contractuale asumate, în valoare totală de 7.229.484,29 lei, din care a fost plătită suma de 2.456.391,48 lei”;
- „Rezilierea contractului”; ESTE VORBA DE O REZILIERE PARȚIALĂ și pentru obligații contractuale care erau în sarcina asociatului Idemia, iar nu ...;
- „Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: pierderea finanțării externe nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile EES, respectiv valoarea de 4.844.605 lei fără TVA din care 3.633.453,75 lei - finanțare externă din Fondul pentru Securitatea Internă: componenta pentru frontiere și vize și 1.217.757,25 lei - cofinanțare națională”.

Cu privire la legalitatea și temeinicia Documentului Constatator, ... a solicitat, în mod prompt, în instanță, prin două acțiuni distincte, atât suspendarea Documentului Constatator - dosar nr. 22831/3/2024, cu prim termen de judecată la 28.08.2024, când instanța de judecată a acordat părților cuvântul asupra fondului cauzei și a amânat pronunțarea soluției pentru data de 03.09.2024, cât și anularea Documentului Constatator - dosar nr. 24082/3/2024, cu prim termen de judecată la 07.10.2024.

Astfel, contestatorul apreciază că a depus toate eforturile și a luat toate măsurile disponibile conform legii pentru a dovedi nelegalitatea Documentului Constatator și a publicării acestuia pe SEAP și a măsurii rezilierii Contractului (la care s-a raportat IGPF în emiterea Documentului Constatator) și, nu în ultimul rând, pentru a arăta că penalitățile stabilite de IGPF nu sunt datorate de către ...

Așa cum s-a susținut și în fața comisiei de evaluare, situația privind executarea Contractului în legătură cu care a fost emis Documentul Constatator negativ este una complexă, Contractul însuși fiind un contract complex, nicidecum un contract standard de achiziție publică de produse. Considerarea acestei complexități și a particularităților la implementare (ex. completele fixe parte a obiectului Contractului a trebuit să fie instalate și date în folosință în toate punctele de trecere a frontierei României) ar fi trebuit să ghideze și acțiunea IGPF în aplicarea măsurii rezilierii Contractului, cu atât mai mult cu cât nici nu a propus un mecanism de conciliere amiabilă în prealabil.

Măsura rezilierii Contractului (ea însăși discutabilă în sine astfel cum s-a precizat mai sus) a fost dispusă de IGPF exclusiv ca urmare a întârzierilor în legătură cu o mică parte din obiectul Contractului, anume pentru cele 409 dispozitive mobile de control EES, în valoare totală de aprox. 4.539.900 lei (din valoarea totală a Contractului de aproximativ 24 milioane lei).

Astfel, Contractul nr. 281/22.09.2021, modificat și completat prin actele adiționale ulterioare, a avut ca obiect achiziționarea a 465 complete fixe de control EES, 409 dispozitive mobile de control EES și platforma de management centralizat dispozitive mobile de control, 734 cititoare fixe de documente de călătorie/vize și 29 cititoare fixe de amprente.

Valoarea totală a Contractului a fost de 24.610.253 lei (fără) TVA și Asocieria a executat o parte semnificativă din obiectul Contractului.

Or, raportând în procente pretinsa neexecutare a Contractului la valoarea executată din Contract, până la data rezilierii, se obține un procent nesemnificativ din obligațiile din Contract rămase de executat, care NU ar fi trebuit să justifice măsura rezilierii (nici măcar în parte, astfel cum a fost dispusă), având în vedere și faptul că obiectul achiziției a fost conceput ca un întreg, iar nu pe loturi separate.

... arată că a demarat/susține acțiunile în instanță pentru a clarifica toate aspectele legate de Contract și Documentul Constatator, inclusiv pentru a apăra renumele pe care și l-a creat pe piața de profil, respectând de-a lungul timpului obligațiile pe care și le-a asumat în contracte și depunând toate eforturile pentru deblocarea de situații sau remedierea acestora, în măsura în care acestea se află exclusiv sub controlul său.

În continuare, contestatorul evocă credibilitatea sa pe piața în care acționează și enumeră clienții din parteneriatele/licitațiile publice câștigate în ultimii ani.

Toate proiectele pentru clienții enumerați mai sus (și nu numai) au fost finalizate prin emiterea de documente constatatoare care atestau îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale, de-a lungul întregii activități ... primind un număr impresionant de documente constatatoare pozitive, inclusiv de la MAI și de la IGPF (acestea fiind depuse odată cu răspunsul la solicitările de clarificări din partea autorității contractante).

Totodată, se arată că pe numele ... a fost emisă Decizia nr. 233/12.07.2024 de Prim-Ministrul Marcel Ciolacu, având în vedere Hotărârea CSAT nr. 121/04.07.2024 de avizare, privind acordarea autorizării pentru utilizarea echipamentelor de infrastructura 5G (Monitorul Oficial nr. 673/12.07.2024).

Din decizia IGPF de reziliere (parțială chiar) a Contractului 281/2021 anterior menționat, astfel cum apare în Documentul Constatator în forma în SEAP, nu trebuia să fie dedusă în mod automat declararea ofertei în procedura ... drept inacceptabilă, ci în urma unei analize atente și minuțioase, ar fi trebuit de fapt să rezulte în mod neechivoc că ... a luat toate măsurile necesare și a justificat în mod exhaustiv faptul că nu se află în niciuna din ipotezele prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Executarea defectuoasă a contractului 281/2021 ar trebui să fie în primul rând rezultatul unei atitudini a operatorului economic care denotă intenția culpabilă sau neglijență din partea sa. Gravitatea comportamentului pretins culpabil al operatorului economic trebuie să poată fi demonstrată nu atât prin faptul că a executat defectuos un contract sau o parte dintr-un contract, cât prin gravitatea prejudiciilor create datorită acestui comportament.

Or, în situația de față, comisia de evaluare ar fi trebuit să se raporteze la întreg Contractul nr. 281/2021, care a fost executat în proporție de aproximativ 85%, rezilierea fiind dispusă pentru o parte a contractului care a fost de asemenea executată, însă potrivit susținerilor IGPF (eronate, după cum se va dovedi în fața instanței de judecată) în mod necorespunzător, fiind calculate, în consecință și penalități (de asemenea, contestate în fața instanțelor de judecată). Cu atât mai puțin nu se poate susține că bunurile și serviciile care au făcut obiectul Contractului nr. 281/2021 sunt inutilizabile sau prezintă deficiențe majore, proiectul fiind implementat și funcțional la data emiterii Documentului constatator negativ, cu excepția dispozitivelor mobile descrise în cele de mai sus.

Totodată, în ceea ce privește pretinsul prejudiciu produs IGPF, menționat în Documentul Constatator negativ, acesta ar consta în pierderea temporară a unei finanțări nerambursabile, finanțare care

poate fi accesată în continuare de către IGPF, în măsura în care se menține necesitatea achiziției de dispozitive similare celor pentru care a intervenit rezilierea.

Anterior respingerii unei oferte, autoritatea contractantă trebuie să aibă certitudinea, mai mult chiar dovada, că o abatere săvârșită anterior de ofertant, este de natură să îl împiedice pe acesta la ducerea la îndeplinire a contractului din procedura în curs/atribuit. Dovezile și măsurile la care se referă legiuitorul nu sunt cele referitoare la abatere - ci la demonstrarea credibilității ofertantului în pofida motivului de excludere. În sprijinul acestei opinii, s-a pronunțat și doctrina de specialitate, din care se citează.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației astfel cum a fost formulată, cu obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale, cu urmarea declarării ofertei drept conforme (iar nu inacceptabilă).

Prin adresa nr. 572079/02.09.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 55707/02.09.2024, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ..., precizând următoarele:

Contestația depusă de ofertantul ... cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, comunicat de autoritatea contractantă prin adresa nr. 571841/1/19.08.2024, prin care i s-au transmis, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, decizia de a-l exclude din procedura de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, întrucât răspunsurile ofertantului la solicitările de clarificare nu au fost concludente, iar oferta a fost considerată inacceptabilă conform prevederilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă citează prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și face precizarea că, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire, operatorul economic trebuie:

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

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

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

- fie la încetarea anticipată a respectivului contract,
- fie la plata de daune-interese,
- fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două menționate mai sus.

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

Din analiza Documentului constatator negativ nr. 220254 din 18.06.2024, înregistrat cu nr. ... și publicat în SEAP la data de 09.07.2024, rezultă faptul că, contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător din culpa Asocierii ... (lider) și ... (asociat), motivat de nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor. Pentru acest motiv, contractul a fost reziliat de Inspectoratul General al Poliției de Frontieră, cu prejudicii aduse autorității contractante *„prin pierderea finanțării externe nerambursabile, ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoare de 4.844.605 lei fără TVA, din care 3.633.453,75 lei - finanțare externă din fondul pentru securitate internă, componenta pentru frontiere și vize și 1.211.151,25 lei - cofinanțare națională”*.

Astfel, în contextul celor prezentate, prin raportare la Documentul constatativ negativ nr. 220254 din 18.06.2024, rezultă că operatorul economic și-a încălcat în mod grav obligațiile ce-i revineau în cadrul contractului de achiziție publică și totodată acestea au condus la încetarea anticipată a respectivului contract, fiind astfel îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, ... solicită Consiliului respingerea contestației formulată de ... ca nefondată.

Prin adresa nr. 57244/2976/C7/10.09.2024, Consiliul a comunicat contestatorului faptul că dosarul achiziției publice poate fi studiat la sediul său la data de 11.09.2024, acesta prezentându-se la data respectivă și ridicând copiile solicitate. Totodată, se constată faptul că până la data prezentei, contestatorul nu a formulat concluzii/note scrise.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Achiziție echipamente de securitate tip Sandbox, cu subscripție și suport în vederea detectării programelor malware”*, cod CPV 48223000-7 Pachete software pentru poșta electronică (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../14.05.2024.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*, iar valoarea estimată totală a contractului de furnizare este de 1.993.000,00 lei fără TVA.

Potrivit procesului-verbal nr. 571074/01.07.2024 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, la procedura de atribuire s-a depus o singură ofertă, cea a contestatorului ...

Prin raportul procedurii nr. 571841/19.08.2024 s-a precizat faptul că respectiva procedură de atribuire a fost anulată, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, întrucât nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare nr. 210501041/1, eliberată de CEC BANK S.A. Sucursala ..., din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 39.860,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 2976/2024.

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

Analizând aspectele în divergență prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice, ținând seama de documentele aflate la dosarul cauzei, inclusiv de cele din dosarul achiziției publice, de susținerile contestatorului, precum și de punctul de vedere asupra contestației, conform art. 18 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată netemeinicia criticilor aduse de către contestatorul ..., motiv pentru care dispune respingerea contestației.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul nu va relua susținerile părților având în vedere că acestea se regăsesc în practica deciziei, ci va puncta doar faptul că acestea vizează critici legate de modalitatea în care autoritatea contractantă ... a evaluat oferta depusă de către ... în cadrul procedurii, maniera în care s-a procedat fiind considerată de contestator ca fiind excesivă, nelegală și nejustificată, excluderea ... din procedura de achiziție, fără o verificare corespunzătoare a măsurilor/clarificărilor prezentate, fiind nelegală.

Acesta arată că deși a prezentat explicații și dovezi clare și pertinente în răspunsurile oferite autorității contractante la cele două solicitări de clarificări în legătură cu *Documentul Constatator negativ*, în baza căruia a fost declarată inacceptabilă oferta, cu toate acestea, autoritatea contractantă nu le-a analizat nici măcar superficial, excluzându-i direct oferta, motiv pentru care apreciază că se impune reevaluarea ofertei sale.

În analiză, raportat la mențiunile din adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 571841/19.08.2024, Consiliul reține că oferta ... a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu și-ar fi îndeplinit în mod corespunzător obligațiile asumate în anumite contracte derulate anterior, invocând, în acest sens, Documentul constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, înregistrat în SEAP cu nr.

În soluționare, se are în vedere că, la secțiunea „Condiții de participare”, pct. „III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului”, din cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a impus cerința minimă de calificare conform căreia: „Ofertanții, terții susținători și subcontractanții iar în cazul în care oferta este depusă de o asocieră, fiecare asociat (inclusiv liderul) **nu trebuie să se regăsească** în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165, art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Ofertantul/asociatul, terțul susținător și subcontractantul vor completa DUAЕ configurat de Autoritatea Contractantă în SEAP (cf art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), până la data limită de depunere a ofertelor.

NOTA:

d) Autoritatea Contractantă **va exclude de la procedură** orice ofertant/asociat, terț susținător/subcontractant care se încadrează **în vreuna din situațiile prevăzute la art. 53, art. 59-60, art. 164, art. 165 și art. 167** din Legea nr. 98/2016”.

Raportat la cerința de calificare menționată, Consiliul are în vedere incidența, în cauză, a prevederilor Legii nr. 98/2016, în vigoare, la data inițierii procedurii de atribuire, și anume:

- art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) și alin. (8): „(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;

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

(...)

(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 improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract”;

- art. 169: „Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”;

- art. 171 alin. (1), alin. (2), alin. (3), alin. (31), alin. (32) și alin. (5) lit. b): „(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.

(...)

(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:

(...)

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”.

Din analiza coroborată a prevederilor documentației de atribuire și a prevederilor legale anterior menționate, Consiliul reține că operatorii economici participanți la procedură aveau obligația de a descrie, în declarația DUAЕ, toate situațiile în care și-au încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar, aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni

comparabile, astfel încât, autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, să poată verifica dacă dovezile furnizate de către operatorul economic aflat în situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității acestuia.

În soluționare, Consiliul va reține că, potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, DUAE reprezintă: *„documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”*.

În preambulul **Regulamentului nr. 7/2016** considerentul 4 se prevede că: *„DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice”*.

Relevante în soluționarea acestei critici sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia: *„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”.

Nu sunt lipsite de importanță nici dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care stipulează: *„Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege”*.

Din întregul context normativ, se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci, dimpotrivă, trebuie să le înlesnească/faciliteze accesul.

Potrivit art. 1 din Regulamentul nr. 7/2016: *„Din momentul în care măsurile naționale de punere în aplicare a Directivei 2014/24/UE vor intra în vigoare și cel târziu de la 18 aprilie 2016, formularul standard prevăzut în anexa 2 la prezentul regulament trebuie să fie utilizat în scopul întocmirii*

documentului european de achiziție unic, menționat la articolul 59 din Directiva 2014/24/UE. Instrucțiunile de utilizare a acestui formular sunt prezentate în anexa 1 la prezentul regulament”.

Din verificarea anexei nr. 2 la Regulamentul nr. 7/2016, Consiliul reține că cerința privind abaterile profesionale din contracte derulate anterior se regăsește în cadrul formularului standard în partea III: „Motive de excludere” secțiunea C: „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale” sub forma/textul/ sintagma/întrebarea „Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni în legătură cu respectivul contract anterior? Dacă da, vă rugăm să furnizați detalii”.

În coloana din dreapta a formularului standard anterior menționat, legiuitorul european a prevăzut posibilitatea formulării unui răspuns, atât prin selectarea/bifarea opțiunii „Da” sau „Nu”, cât și prin completarea cu informații adiționale de tip text a detaliilor contractelor derulate anterior.

Mai mult, în cazul răspunsului afirmativ, operatorii economici au posibilitatea să detalieze/indice, atât contractele reziliate anticipat, cauzele care au determinat rezilierea acestora, cât și eventualele măsuri adoptate în vederea redobândirii credibilității, aspect care rezultă din sintagma „Dacă da, operatorul economic a luat măsuri de autocorectare? Da/Nu. Dacă da, vă rugăm să descrieți măsurile întreprinse”.

Raportat la prevederile legale anterior menționate, Consiliul va reține că ofertanții aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres în cadrul DUAE cu privire la situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 iar, în cazul încălcării acestei obligații, devin incidente textele legale ce reglementează cazurile de excludere prevăzute de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține că, la dosarul cauzei se regăsește declarația DUAE completată de ..., unde la întrebarea: **„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile?”**, acesta a completat răspunsul – **„NU”**, indicând astfel autorității contractante că nu există nici o situație în care s-ar fi încetat anticipat un contract și fără indicarea expresă a situațiilor/contractelor în care acesta nu și-ar fi îndeplinit obligațiile principale dintr-un contract, iar, aceste abateri au condus la aplicarea de sancțiunii de reziliere și fără a 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.

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că legiuitorul nu a impus existența unui anumit înscris, având un anumit conținut, însă, potrivit art. 166

alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016: „(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice” și „(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”.

Rolul acestor documente constatatoare, emise în temeiul art. 166 din HG nr. 395/2016, este de a oferi celorlalte autorități contractante, care inițiază în viitor proceduri, informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare.

Sub acest aspect, nu este de neglijat faptul că, potrivit documentului constatator negativ nr. 220254/18.06.2024, emis de ... – Inspectoratul General al Poliției de Frontieră, înregistrat în SEAP cu nr. ..., depus ca mijloc de probă la dosarul cauzei, ofertantul în cauză s-a făcut vinovat de încălcări grave ale obligațiilor contractuale, după cum urmează:

„7.Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: - **NU**

Motivație / motivații: ...

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/ prestare servicii/ executare lucrări din culpă: au fost calculate penalități pentru nelivrarea echipamentelor în termenele contractuale asumate, în valoare totală de 7.229.484, 29 din care a fost plătită suma de 2.456.391,48 lei;

f) **Rezilierea contractului: Da**

8. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (daca este posibil cuantificarea valorică a acestora): **pierderea finanțării externe nerambursabile ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoarea de 4.844.605 lei fără TVA din care: 3.633.453,75 lei - finanțare externă din Fondul pentru Securitate Internă: componenta pentru frontiere și vize și 1.211.151,25 lei - cofinanțare națională”.**

Față de cele de mai sus, Consiliul reține modul eronat de completare a DUAЕ, deoarece, ... nu a menționat, în cadrul DUAЕ, niciuna din situațiile în care sunt îndeplinite în mod cumulativ ambele condiții prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

- operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice

și

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

Deși, existența unui document constatator negativ nu atrage automat excluderea de la procedură, condiția este, ca, pe de-o parte, ofertantul în cauză să declare existența acestui document în cadrul

formularului DUAЕ, iar, pe de altă parte, să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra, în concret, credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Omisiunea/oferirea unor informații nereale în cadrul DUAЕ este sancționată de legiuitor prin dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, conform căroră: „Autoritatea contractantă **exclude** din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) h) operatorul economic s-a făcut vinovat de **declarații false** în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”.

În acest sens este și **Hotărârea CJUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza C-387/14** având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 25 iulie 2015, primită de Curte la 14 august 2014, în procedura Esaproject sp. Z.o.o. împotriva Wojewodztwo Łódzkie, s-a reținut printre altele, că: „(...) un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziții publice în cazul în care s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă sau nu a furnizat aceste informații (...)”.

Față de cele reținute, Consiliul constată că ... a completat, în mod eronat, DUAЕ în cadrul prezentei proceduri de atribuire, *omitând să comunice* autorității contractante situațiile în care un contract de achiziții publice anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni în legătură cu respectivul contract anterior și nu a prezentat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere.

Astfel, motivul de excludere care vizează comportamentul operatorului economic în derularea unor contracte de achiziție anterioare, (respectiv situația în care acesta și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract sectorial sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile) implică o apreciere a comisiei de evaluare cu privire la gravitatea încălcării obligațiilor contractuale, sens în care, existența unui certificat constatat negativ, deși, poate avea relevanță în cauză, nu poate constitui în sine și în lipsa altor elemente, un motiv suficient de excludere.

Relevanța acestor informații urma a fi apreciată de comisia de evaluare, prin prisma dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorii economici participanți nefiind îndreptățiți să stabilească ei înșiși care sunt informațiile pertinente în vederea evaluării ofertei, având în vedere modul de redactare al formularului DUAЕ.

Este evident că ..., prin modul în care a completat DUAЕ, a dorit vicierea rezultatului procedurii, pornind de la premisa că autoritatea contractantă nu va proceda la o verificare a celor declarate în DUAЕ, prin evitarea aplicării sancțiunii excluderii din procedură de către comisia de evaluare, raportat la prevederile legale anterior indicate, dar și urmarea procedurii administrativ-jurisdicționale sau judiciare, după caz.

Indiferent de aprecierea proprie a acestuia cu privire la legalitatea măsurii de reziliere a contractelor/acordurilor-cadru sau a certificatelor constatatoare, ofertantul în cauză avea obligația clară de a declara existența acestor acte/situații și de a-și asuma, ca atare, posibilitatea de a fi exclus din procedură, inclusiv, de a urma proceduri judiciare în cadrul cărora să fie analizată relevanța acestor acte; o asemenea soluție este impusă, inclusiv, de principiul tratamentului egal, în sensul art. (2) din Legea nr. 98/2016.

Este relevant, în speța dedusă soluționării, **răspunsul CJUE la întrebările preliminare ce au făcut obiectul cauzei C-387/14**, potrivit căruia: *„Articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, care permite excluderea unui operator economic de la participarea la un contract de achiziții publice printre altele dacă s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă, trebuie interpretat în sensul că poate fi aplicat atunci când operatorul în cauză s-a făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice, independent de constatarea unei abateri intenționate în sarcina acestui operator”*.

Comportamentul operatorilor economici participanți la o procedură de achiziție, respectiv, corectitudinea informațiilor pe care aceștia le prezintă autorității contractante, reprezintă elemente esențiale în aprecierea existenței cazurilor de excludere care vizează situația personală a acestora. Din această perspectivă, Consiliul apreciază că o interpretare contrară ar lipsi de conținut dispozițiile care reglementează DUAЕ și efectele pe care acesta le are în procedura de atribuire.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele **Hotărârii nr. 1492/2018 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș la 04.09.2018 în dosarul nr. 71/102/2018**.

Or, analiza efectuată de achizitoare care a constatat în verificarea Documentului constatatator negativ nr. 220254 din 18.06.2024, înregistrat cu nr. ... și publicat în SEAP la data de 09.07.2024, se constată că decizia acesteia, de respingere a ofertei în analiză, a fost legală în

condițiile în care a constatat faptul că, respectivul contract-nr. 281/22.09.2021 și actul adițional-nu a fost îndeplinit în mod corespunzător din culpa Asocierii ... (lider) și ... (asociat), motivat de nerespectarea termenelor contractuale de livrare a produselor, motiv pentru care contractul a fost reziliat de Inspectoratul General al Poliției de Frontieră, cu prejudicii aduse autorității contractante „*prin pierderea finanțării externe nerambursabile, ca urmare a nelivrării celor 409 dispozitive mobile de control EES, respectiv valoare de 4.844.605 lei fără TVA, din care 3.633.453,75 lei - finanțare externă din fondul pentru securitate internă, componenta pentru frontiere și vize și 1.211.151,25 lei - cofinanțare națională*”, orice altă explicație pe care ofertantul ar fi vrut să o aducă achizitoarei fiind de prisos, în condițiile în care motivul de emiteră a respectivului înscris nu putea fi combătut.

Într-o atare situație, este pertinentă susținerea achizitoarei din punctul de vedere conform căreia „*în contextul celor prezentate, prin raportare la Documentul constatator negativ nr. 220254 din 18.06.2024, rezultă că operatorul economic și-a încălcat în mod grav obligațiile ce-i revineau în cadrul contractului de achiziție publică și totodată acestea au condus la încetarea anticipată a respectivului contract, fiind astfel îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016*”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că ofertantul ... nu a prezentat informațiile solicitate de autoritatea contractantă în scopul verificării absenței motivelor de excludere, în sensul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, situație în care, comisia de evaluare are obligația, impusă de textul de lege, de a dispune excluderea acestuia din procedură. O asemenea sancțiune intervine automat, la momentul la care se constată intervenite condițiile impuse de textul de lege, dat fiind faptul că această reglementare are ca finalitate să protejeze integritatea procedurii de achiziții publice (**a se vedea în acest sens considerentele Hotărârii pronunțată de CJUE în cauza C-178/16**).

Având în vedere considerentele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea

actelor de procedură în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini.