

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. 927 / C3 / 894

Data: 06.05.2021

Prin contestația nr. 97/16.04.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19703/16.04.2021, depusă de SRL, cu sediul în str. Slt. Erou Călin Cătălin nr. 11, bloc C, scara A, parter, apartament 1, ..., județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului J29/1219/ 1998, reprezentată de domnul - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de furnizare de diverse produse alimentare, loturile 16 (piure de cartofi instant) și 22 (zacuscă de legume), coduri CPV 15872100-2 și 15897200-4, cu data-limită de depunere a ofertelor 23.03.2021, anunț de participare nr. CN1027381/31.12.2020, organizată de, cu sediul în str. Dumbravei nr. 3, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului evaluării ofertelor aparținând SRL și SRL și obligarea autorității la reevaluarea acestora, în sensul excluderii, urmată de desemnarea altor câștigători, la cele două loturi.

**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 ofertantul SRL reclamă decizia autorității contractante de admitere a ofertelor SRL și SRL, la loturile 16 și 22 din în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând că respectivii ofertanți se găsesc sub incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, pe care le citează.

Ambii ofertanți se fac vinovați de declararea unor aspecte nereale/incomplete cu ocazia completării DUAE. Partea a III-a a DUAE

este dedicată motivelor de excludere, iar unul dintre acestea privește „încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, cu 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 alt contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?” SRL a răspuns „nu”, deși avea înregistrate rezilieri anterioare, iar SRL a răspuns „da”, însă incomplet, referindu-se doar la o parte dintre motive.

..... SRL i-au fost reziliate anterior mai multe contracte:

- potrivit documentului constatator nr. 7293/19.03.2018, emis de către Spitalul Clinic de Urgență pentru Copii „Grigore Alexandrescu”, acordul-cadru de furnizare de alimente nr. 5023/ 26.02.2018 (loturile 33 și 37) a fost reziliat, întrucât produsele livrate nu au corespuns specificațiilor tehnice din caietul de sarcini și nici nu au fost înlocuite cu produse corespunzătoare, în termen de 48 ore;

- potrivit documentului constatator nr. 5324/09.05.2018, emis de către Institutul Național de Boli Infecțioase „Matei Balș”, și acordul-cadru nr. 1908/23.08.2017 a fost reziliat de autoritate.

În ceea ce privește SRL, acesta a declarat în DUAE rezilierea acordului-cadru nr. 24522/02.07.2018, încheiat cu Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Brăila, omițând să declare situația din documentul constatator de neîndeplinire a obligațiilor contractuale nr. L25029/PMAG/13.07.2018, emis de Penitenciarul Mioveni, document conform căruia SRL nu s-a prezentat la semnarea acordului-cadru și a contractului subsecvent la data stabilită și nu a solicitat reprogramarea semnării la o altă dată, situație asimilabilă celei de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Potrivit art. 144 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul/acordul-cadru este asimilabil situației de la art. 167 alin. (1) lit. g).

În cadrul instrucțiunilor date de autoritatea contractantă se precizează: „Operatorii economici pot fi excluși din procedura de achiziții publice sau pot fi urmăriți în justiție în temeiul legislației naționale în cazuri grave de declarații false atunci când au completat DUAE sau, în general, atunci când au furnizat informațiile solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție, ori în cazul în care nu au divulgat aceste informații sau nu au fost în măsură să prezinte documentele justificative.”

La art. 137 din aceleași norme metodologice se prevede obligația comisiei de evaluare de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme,

iar oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă. Faptul nedeclarării rezilierilor anterioare are valoarea unei declarații în fals sau a neprezentării informațiilor, fapt la care se referă art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din lege.

În această etapă a procedurii, în care DUAЕ a fost deja completat, autoritatea contractantă nu mai poate să își exercite dreptul de a solicita clarificări, după cum nici ofertanții nu își mai pot exercita dreptul de a furniza explicațiile la care se referă art. 171 din lege, sens în care este și decizia nr. 386/R/2020 din 9 iulie 2020 a Curții de Apel Brașov. A considera altfel înseamnă a lăsa nesancționat tocmai faptul ascunderii potențialului caz de excludere, ceea ce ar constitui un precedent periculos, lăsând liberă calea ca alți ofertanți, în cadrul altor proceduri, să considere că declararea în fals/incompletă nu produce nicio consecință legală (în realitate, pe lângă aspectele de drept penal privitoare la infracțiunea de fals în declarații, care nu fac obiectul prezentului dosar, legea prevede o sancțiune clară pentru astfel de situații – excluderea de la procedura de achiziție publică).

În susținerea contestației, este invocată jurisprudență: deciziile Consiliului nr. 1111/C9/1177/09.07.2019, nr. 1658/C1/1685/25.09.2019, nr. 19/C9/2726/07.01.2020 și nr. 1938/C1/1944/21.10.2020, decizia Curții de Apel nr. 1564 din 27 noiembrie 2019, decizia Curții de Apel Târgu Mureș nr. „1492/R/2018” și decizia civilă a Curții de Apel Brașov nr. 386/R/2020 din 9 iulie 2020, din considerentele cărora reproduce pasajele apreciate relevante.

Prin adresa nr. 32403/PGDB/21.04.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 20717/21.04.2021, autoritatea contractantă a depus două volume de documente din dosarul achiziției publice, fără a formula un punct de vedere asupra contestației. Faptul că reprezentantul autorității achizitoare a înțeles să nu își exercite dreptul la apărare prin formularea a unui punct de vedere asupra contestației nu împiedică soluționarea ei de către Consiliu, în condițiile în care art. 18 alin. (3) teza I din Legea nr. 101/2016 prevede expres că *„lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă”*, dovadă care există.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. CN1027381, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 31.12.2020, autoritatea contractantă a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de diverse produse alimentare, grupate în 22 de loturi și estimate valoric la 869.488,10 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 31.12.2020, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură, pentru loturile 16 (piure de cartofi instant) și 22 (zacuscă de legume) s-au prezentat 12 operatori economici, între care și SRL, ale cărui oferte au fost clasate pe locul III, la lotul 16 (după ofertele SRL și SRL), și pe locul II, la lotul 22 (după oferta SRL). Nemulțumită de acceptarea la licitație a ofertelor SRL și SRL, pentru motivele evocate mai sus, ... SRL a învestit Consiliul, în interiorul termenului legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, instrucțiunile pentru ofertanți, caietele de sarcini, formularele necesare și modelele acordului-cadru și contractului subsecvent de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SRL și SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016. „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/ 2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevante în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8

noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-a pronunțat și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 31257/PGDB/09.04.2021. La 16.04.2021, ... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achiziitoare, aceasta din urmă postând în SEAP respectiva contestație (fișierul denumit „[CN1027381/00651] Contestatie loturi 16 si 22.pdf”), la 19.04.2021. Nu a fost formulată nicio cerere de intervenție, până în prezent.

Disputa aflată pe rolul forului jurisdicțional vizează actul autorității de admitere a ofertelor competitorilor SRL și SRL, la cele două loturi, oferte pe care reclamanta le apreciază drept inadmisibile, din cauza situațiilor expuse în documentele constatatoare invocate și a completării neconforme a DUA.E. Din perspectiva cercetării legalității și temeiniciei rezultatului evaluării supus controlului jurisdicțional relevante sunt (coroborate cu celelalte) prevederile anunțului de participare și ale fișei de date a achiziției, conform cărora *„ofertantii, tertii sustinatori si subcontractantii nu trebuie sa se regaseasca în situatiile prevazute la art. 59-60, 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016”*. Pct. III.1.1.b) - *„Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale”*, din fișă: *„Informatii si formalitati necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:*

- se va completa DUAЕ de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire cu informatiile aferente situatiei lor."

Conform secțiunii II – „Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți” a documentației puse la dispoziție de autoritate:

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

[...]

Operatorii economici pot fi excluși din procedura de achiziții publice sau pot fi urmăriți în justiție în temeiul legislației naționale în cazuri grave de declarații false atunci **când au completat DUAЕ** sau, în general, atunci când au furnizat informațiile solicitate **pentru verificarea absenței motivelor de excludere** sau a îndeplinirii criteriilor de selecție ori **în cazul în care nu au divulgat aceste informații** sau nu au fost în măsură să prezinte documentele justificative.

Așadar, toți ofertanții erau ținuti să depună propriul DUAЕ, din care să reiasă că nu intră sub incidența, între altele, a art. 167 din Legea nr. 98/2016, care la alin. (1) lit. g), h) și i) statuează că autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

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

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

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

.....SRL și SRL li se impută faptul că nu au completat corespunzător DUAЕ proprii. Asupra acestei critici, organul administrativ de jurisdicție observă că, într-adevăr, ... SRL a bifat răspunsul „NU”, în DUAЕ, la rubrica „*Încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*”, răspuns din care se extrage concluzia că nu a avut nicio situație de încetare anticipată, plată de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile. În pofida acestei concluzii, reclamanta a furnizat, în susținerea demersului său, în copie:

- documentul constatator nr. 7293/19.03.2018, emis de către Spitalul Clinic de Urgență pentru Copii „Grigore Alexandrescu”, de reziliere a acordului-cadru de furnizare de alimente nr. 5023/ 26.02.2018 (loturile 33 și 37), din cauză că produsele nu au corespuns specificațiilor

tehnice din caietul de sarcini și nici nu au fost înlocuite cu produse corespunzătoare, în termen de 48 ore, de către SRL. Documentul poartă semnăturile a trei persoane. El se regăsește în SEAP, în secțiunea „PROCEDURILE migrate din vechiul SEAP”, subsecțiunea aferentă documentelor constatatoare; și

- documentul constatator nr. 5324/09.05.2018, emis de către Institutul Național de Boli Infecțioase „Matei Balș”, potrivit căruia acordul-cadru nr. 1908/23.08.2017 a fost reziliat de autoritate, întrucât operatorul economic nu și-a mai putut onora obligațiile contractuale. Documentul poartă semnăturile a două persoane. Și acest document se regăsește în SEAP, la aceeași subsecțiune.

În procesul-verbal nr. P₂28922/PGDB/19.03.2021 privind evaluarea informațiilor din DUAЕ, penitenciarul achizitor, prin comisia evaluatorie desemnată, nu a reținut niciun motiv de excludere pentru SRL.

În contextul descris mai sus, în care reclamanta a învederat două documente constatatoare „negative” aparținând concurente sale, având natura înscrisurilor mijloace de probă (art. 265 C. proc. civ.), despre care autoritatea nu amintește în actele de evaluare a ofertei, întră în domeniul evidenței că autorității nu i-au fost furnizate, de către ofertantul în referință, ansamblul informațiilor necesare determinării corecte a încadrării sau neîncadrării sale în situația de excludere reieșită din rubrica „Încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”. Dacă avea cunoștință despre rezilierea precedentelor contracte (acorduri) și, în plus, despre cele două documente constatatoare, ... SRL era ținută să releve această situație Penitenciarului, societatea amintită trebuind să menționeze în DUAЕ această situație, nu să bifeze „NU”.

Modelul de DUAЕ, regăsit și în Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, la secțiunea C – „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale”, cuprinde mențiunea:

„Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?

Dacă da, vă rugăm să furnizați detalii:”

cu rubricile „☐ Da” și „☐ Nu”,

„Dacă «da», operatorul economic a luat măsuri de autocorectare?

[] Da [] Nu

Dacă «da», vă rugăm să descrieți măsurile întreprinse: []”

față de care, presupunând că documentele constatatoare sunt veridice, ... SRL, cum s-a stabilit, trebuia să bifeze rubrica „☐ Da”, pentru a corespunde adevărului.

Similar, aceleași informații sunt cerute și prin Ordinul președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1017/2019 privind aprobarea structurii, conținutului și modului de utilizare a Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, precum și a modalității de completare a anunțului de participare/de participare simplificat.

Se prezumă că operatorii economici participanți la achizițiile publice sunt profesioniști ai domeniului, care cunosc regulile procedurale aplicabile participării la atribuirea contractelor, capabili să le înțeleagă și să le aplice. Necunoașterea sau neînțelegerea clauzelor de participare la procedurile competiționale nu îi pot scuza sau exonera de obligația respectării lor. Altfel spus, ofertanții nu se pot prevala de propria neglijență culpabilă ce consistă în necompletarea sau completarea cu informații neveridice a DUAЕ.

În speță, prin omiterea indicării existenței contractelor (acordurilor-cadru) reziliate și a documentelor constatatoare, autoritatea contractantă a fost pusă în dificultate cu privire la aprecierea dacă agentul economic în discuție îndeplinește exigențele de calificare legate de eventuale abateri profesionale. În plus, omiterea ridică suspiciunea că operatorul a urmărit să își ascundă situația proprie reieșită din neîndeplinirea obligațiilor contractuale anterioare, respectiv existența abaterilor sale profesionale, în fața, omisiune care ar putea fi interpretată prin prisma art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, precitate.

În baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică orice operator economic care și-a încălcat în mod grav *sau repetat* obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract/acord de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la *încetarea anticipată a respectivului contract/acord*, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Consiliul nu poate valida actuala abordare a autorității achizitoare, precum că oferta SRL este admisibilă, întrucât autoritatea nu a realizat nicio evaluare a ei din perspectiva documentelor constatatoare evocate, evaluare de care depinde temeinicia și legalitatea rezultatului procedurii. Astfel fiind, sarcina autorității, în circumstanțele statuate, era și este de a se edifica asupra corectitudinii informațiilor din DUAЕ și validității celor două documente constatatoare discutate, înainte de a trage concluzia că ofertantului nu îi este incident niciun motiv de excludere.

Jurisprudența Consiliului este statornică în sensul că orice decizie a autorității trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente

insuficiente sau deduse din context de autoritate, care ar favoriza un ofertant cum este cel în cauză, căruia trebuia să i se solicite explicații asupra documentelor constatatoare și asupra corectitudinii datelor completate în propriul DUAЕ. Nu este exclus ca respectivele documente constatatoare să fi fost revocate de emitenți, suspendate ori anulate de către instanțele judecătorești sau invalidate juridic prin orice altă modalitate, aspecte ce urmează a fi lămurite de către cu SRL.

În absența clarificărilor relevante, cele raționate de autoritate în raportul procedurii nu pot fi reținute de Consiliu, care nu poate, el însuși, să efectueze solicitări de clarificare a situației ofertantului și, pe baza răspunsurilor, să îi reevalueze oferta, întrucât s-ar subroga în atribuțiile comisiei de evaluare (cu încălcarea principiului constituțional al separației puterilor în stat). Interpelarea autorității nu are ca scop avantajarea în vreun fel a ofertantului, ci lichidarea oricăror îndoieli, inclusiv în ceea ce privește completarea DUAЕ cu informații veridice, respectiv exercitarea dreptului la apărare al SRL. Stabilirea admisibilității ofertei sale urmează a se determina ulterior primirii și examinării clarificărilor relevante din partea acestuia, iar nu la acest moment. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 stabilește că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de verificare a stărilor de excludere a ofertanților și de elaborare a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor legate de calificare.

Statele membre ale Uniunii și, în special, autoritățile contractante trebuie să respecte nu numai principiile aplicabile achizițiilor enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, printre care figurează în special principiile egalității de tratament, transparenței și proporționalității, *ci și principiul respectării dreptului la apărare*, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere adoptată în cadrul unei proceduri de achiziție (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 14 ianuarie 2021, RTS infra și Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19, EU:C:2021:13, punctul 34, și Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ' Italia, C-276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, Hotărârea din 3 iulie 2014, Kamino International Logistics și

Datema Hellmann Worldwide Logistics, C-129/13 și C-130/13,

EU:C:2014:2041, punctul 28, precum și jurisprudența acolo citată).

Față de ansamblul celor expuse în paginile de mai sus, se constată că evaluarea ofertei SRL s-a bizuit pe informații insuficiente la dispoziția comisiei, ceea ce conduce la nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, situație în care critica societății contestatoare privind nelegalitatea admiterii ofertei concurente apare a fi fondată.

Mutatis mutandis, aceste considerente își păstrează valabilitatea și în ceea ce privește evaluarea ofertei SRL, care a menționat în DUAЕ propriu că există o potențială situație de excludere, la rubrica „*Încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*”, cu următoarele explicații:

Raspunsul dumneavoastra?

Acord cadru nr. 24522 din 02.07.2018, reziliat cu DGASPC Braila in urma nesustinerii unui pret unitar la produsul napolitane care a fost oferat eronat la bucata in loc de kilogram. Acest fapt a dus la emiterea de catre autoritatea contractanta a unui Document Constatator nr. 29504 din 03.08.2018 publicat pe SICAP.

Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)?

DA

Descriere: Am participat la o noua procedura organizata de DGASPC Braila, pe care am castigat-o, fiind declarati admisi atat in ceea ce priveste documentele de calificare cat si propunerea financiara in care s-a regasit din nou produsul napolitane. Acest fapt dovedeste ca societatea noastra nu a adus un prejudiciu grav DGASPC Braila fiind acceptati la licitatiile organizate de catre ei ulterior emiterii documentului constatator. Aceste aspecte se pot proba cu DOCUMENTUL CONSTATATOR NR. 28716 din 05.07.2019 emis de catre DGASPC Braila, pe care il atasam la documentele de calificare. Totodata in urma unei contestatii depuse de societatea noastra la CNSC pentru o procedura organizata de DGASPC BRAILA, am primit DECIZIA nr. 1214/C6/1329 din data de 23.07.2019, in cuprinsul caruia se specifica in mod clar ca rezilierea contractului mai sus mentionat NU a constituit prejudicii autoritatii contractante, abaterile de la indeplinirea contractului nu au fost unele care sa se incadreze in art. 167 din lg 98/2016 si ca documentul constatator nu conduce la excluderea societatii noastre din procedurile de achizitii publice, si avem castigat si la CURTEA DE APEL GALATI prin hotararea 913/2019 pronuntata pe 8/10/2019 ramasa DEFINITIVA, ca documentul constatator în discutie nu conduce la excluderea societatii din procedura.

Va atasam in cadrul documentelor de calificare decizia CNSC 1214/C6/1329 si HOTARAREA 913/2019

Contestatoarea pretinde că SRL s-a mai aflat într-o situație încadrabilă la art. 167 alin. (1) lit. g) din legea achizițiilor publice, sens în care prezintă „documentul constatator de neîndeplinire a obligațiilor contractuale” nr. L25029/PMAG/ 13.07.2018, emis de către Penitenciarul Mioveni, document semnat de directorul penitenciarului și potrivit căruia:

Obiectul acordului-cadru - furnizarea următoarelor produse:

Morcov, Cod CPV 03221112-4

Operatorul economic SRL, declarat câștigător la lotul Morcov, nu s-a prezentat la semnarea acordului-cadru și a contractului subsecvent la data de 02.07.2018, dată stabilită prin comunicarea nr. L24291/PMAG/28.06.2018 și nu a solicitat reprogramarea

semnării contractului și acordului-cadru la o altă dată stabilită de comun acord, așa cum avea posibilitatea conform adresei transmise, situație asimilabilă celei prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. 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”*.

Art. 144 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, judicios invocat de către contestatoare, stabilește că *„[...] refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”*. Văzând existența documentului constatator, precum și aceste dispoziții legale, organul administrativ-jurisdicțional apreciază că, pentru a preîntâmpina admiterea la procedură a unui ofertant aflat – ipotetic – în una dintre situațiile de excludere de la art. 167, cum este posibil să fie SRL, revenea autorității contractante sarcina de a cere lămuriri acestuia asupra documentului constatator nr. L25029/PMAG/13.07.2018, respectiv dacă el este valid sau au fost retras/anulat, precum și asupra incidenței unui refuz nemotivat din partea ofertantului amintit de a semna acordul-cadru și contractul subsecvent cu Penitenciarul Mioveni. Nu este de ignorat posibilitatea ca situația din documentul constatator să nu mai fie una actuală, argument pentru care SRL a omis să o releve autorității în DUAЕ.

Cert este că, în privința îndoielii generate de acest document, sunt incidente normele art. 134 alin. (1) din normele metodologice precitate, în temeiul cărora autoritatea avea și are obligația să procedeze la clarificarea expresă a ei, eventual, dacă este cazul, direct cu penitenciarul emitent al actului. Așadar, autoritatea trebuia să aprecieze că există un risc privind admisibilitatea ofertei, întrucât anumite date și documente sunt insuficiente/neclare, iar nu să declare admisibilă oferta. Suspiciunile asupra existenței unei stări de excludere pot și trebuie a fi tratate prin prisma art. 134 alin. (1) de mai sus. Pentru situația de față, pornind de la cele constatate, un demers de clarificare se impunea, în locul respingerii directe a ofertei, mai cu seamă că autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba calificarea la licitație.

Pretenția societății contestatoare, ca organul jurisdicțional să oblige autoritatea să îi excludă direct pe cei doi ofertanți concurenți, nu poate fi admisă, pe fondul necesității clarificării situațiilor lor, reținută mai sus. De asemenea, Consiliul consideră că nu se poate substitui autorității în privința îndeplinirii obligațiilor legale ale acesteia – manifestări de voință și acte proprii ale autorității contractante – de solicitare a clarificărilor și de stabilire a ofertelor inadmisibile sau, după caz, de anulare a aplicării procedurii. În sens contrar, s-ar aduce atingere principiilor independenței și imparțialității comisiei de evaluare (autorității contractante), după cum

au decis în numeroase spețe de caz și instanțele judecătorești. Consiliul nu se poate substitui comisiei de evaluare și să îi îndeplinească atribuțiile de evaluare în detaliu a oricărei oferte.

În contextul înfățișat, Consiliul determină că, în mod nelegal, ... a declarat admisibile ofertele SRL și SRL, cele reținute mai sus ducând la infirmarea acestei măsuri, la anularea raportului nr. 31257/PGDB/09.04.2021, prin care a fost stabilit rezultatul evaluării ofertelor, și la obligarea unității contractante la clarificarea și la reevaluarea acestora, cu stabilirea corectă și legală a rezultatului pentru loturile 16 și 22, cu luarea în considerare a clarificărilor ce urmează a fi primite. Față de ansamblul celor ce preced, se reține că prezenta evaluare a ofertelor nu poate fi menținută, criticile reclamantei fiind fondate. Astfel stând lucrurile, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația SRL nr. 97/16.04.2021, în contradictoriu cu, va anula raportul antemenționat și actele ulterioare care se reazemă pe el, toate în partea referitoare la evaluarea ofertelor SRL și SRL pentru loturile 16 și 22, și va obliga autoritatea contractantă la clarificarea și la reevaluarea ofertelor, precum și la emiterea unui nou raport, cu respectarea întocmai a celor reținute, a documentației licitației și a legislației aplicabile achizițiilor publice. În baza aceluiași temei legal, va obliga autoritatea să comunice ofertanților rămași implicați rezultatul reevaluării ofertelor, cu respectarea legislației aplicabile.

Măsurile de remediere dispuse privesc ofertele SRL pentru loturile 16 și 22 și oferta SRL pentru lotul 16. În ceea ce privește oferta SRL pentru lotul 22, Consiliul observă că ea s-a clasat pe locul III, după oferta contestatoarei, ceea ce face ca orice critică a acesteia din urmă, vizavi de evaluarea respectivei oferte să fie lipsită de interes, întrucât clasarea pe locul III a ofertei concurente – în absența unei probe contrare – nu o vatămă pe contestatoare.

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

Admite, parțial, contestația SRL nr. 97/16.04.2021, în contradictoriu cu, și anulează raportul procedurii nr. 31257/PGDB/09.04.2021, în partea privind oferta SRL pentru lotul 16 și oferta SRL pentru loturile 16 și 22, precum și

adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii către contestatoare și respectivele ofertante. Obligă autoritatea la clarificarea și la reevaluarea celor două oferte și la emiterea unui nou raport de evaluare, pentru loturile 16 și 22, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și întocmirea noului raport, autoritatea va comunica rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de obligare a autorității contractante să excludă din procedură ofertele SRL și SRL pentru loturile 16 și 22.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în patru exemplare, conține treisprezece pagini.