

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 3561/C8/4116

Data: 16.12.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 76062/26.11.2024, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ...6, reprezentată legal de avocat ..., împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă, organizată de ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... în vederea atribuirii contractului având ca obiect „MATERIALE DIDACTICE PENTRU «ȘCOALA GIMNAZIALĂ ECATERINA TEODOROIU» ÎN CADRUL PROIECTULUI – CREȘTEREA CALITĂȚII INFRASTRUCTURII DE ÎNVĂȚĂMÂNT PRIN DOTAREA CU ECHIPAMENTE DIGITALE, MOBILIER ȘI MATERIALE DIDACTICE A UNITĂȚILOR DE ÎNVĂȚĂMÂNT DIN MUNICIPIUL TÎRGU JIU” (anunț de participare nr. ...8), s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. 306744/22.11.2024, vizând lotul 2 – Sală de sport, precum și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a comunicării privind desemnarea ca necâștigătoare a ofertei ... SRL, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... SRL, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin cererea de intervenție nr. 3144/05.12.2024., înregistrată la Consiliu cu nr. 78745/06.12.2024, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având ..., REPREZENTATĂ LEGAL DE Enache Marius – Alin, în calitate de administrator, s-a solicitat respingerea contestației ... și menținerea rezultatului procedurii.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă

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

Prin contestația formulată, ..., în calitate de ofertant clasat pe locul 2, critică decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare a procedurii, pentru lotul 2, oferta depusă de ..., apreciind că acesta ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă motivat de existența, pe numele său, a 5 documente constatatoare negative, respectiv:

(1) Documentul constatator nr. 70400 din 05.07.2024, emis de către Compania Termoenergetica București, ca urmare a refuzului nejustificat al operatorului de a semna contractul de furnizare;

(2) Documentul constatator nr. A-3783 din 31.10.2024, emis de către MAPN Unitatea Militară 02032, ca urmare a rezilierii contractului în proporție de 76%;

(3) Documentul constatator nr. A2949 din 25.11.2024, emis de către MAPN Unitatea Militară 01558, ca urmare a nerespectării termenului de livrare, motiv pentru care au fost calculate penalități în cuantum de 0,1% pe zi de întârziere;

(4) Documentul constatator nr. 7740 din 10.03.2022, emis de către Electrocentrale București, ca urmare a livrării cu întârziere a produselor motiv pentru care au fost calculate penalități de întârziere;

(5) Documentul constatator nr. 8066 din 14.12.2021, emis de către SNGN ROMGAZ SPEE Iernut, ca urmare a nerespectării termenului de livrare, motiv pentru care au fost calculate penalități de întârziere.

În acest sens, atrage atenția că respectivele documente sunt publicate în SEAP, dar în DUAE depus la cap. C Motive legate de insolvență, *conflict de interese sau abateri profesionale* la întrebarea *Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*, ofertantul a completat cu răspunsul „NU”.

Potrivit contestatorului, Documentul Unic de Achiziție European (DUAE) reprezintă o declarație pe propria răspundere a operatorului economic, potrivit căreia acesta nu se află într-una dintre situațiile de excludere prevăzute de legislația națională și îndeplinește criteriile de calificare și selecție precizate de autoritatea/entitatea contractantă la nivelul fișei de date a achiziției. 11. Or, declararea în fals a unei situații contrare realității constituie infracțiunea incriminată de către art. 322 Cod Penal *Falsificarea unui înscris sub semnătură privată* prin vreunul dintre modurile prevăzute în art. 320 sau art. 321, dacă făptuitorul folosește înscrisul falsificat ori îl încredințează altei persoane spre folosire, în vederea producerii unei consecințe juridice, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.

Prin punctul de vedere nr. 313046/02.12.2024, înregistrat la Consiliu cu nr. 77876/03.12.2024, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației formulate de ...

Potrivit autorității contractante, comisia de evaluare, după verificarea documentelor solicitate prin documentația de atribuire, a documentelor suport pentru demonstrarea informațiilor din DUAE și aplicarea criteriului de atribuire, a întocmit Raportul procedurii nr.

306744 din 22.11.2024, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusa de ...L.

În ceea ce privește motivele invocate de contestator, legate de cele 5 documente constatatoare, autoritatea contractantă arată că verificarea veridicității DUAЕ-ului încărcat nu intră sfera atribuțiilor comisiei de evaluare. În cazul în care ofertantul declară în DUAЕ că se face vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave, comisia de evaluare avea obligația de a analiza dacă documentul reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit.(g) din Legea nr. 98/2016. Documentele prezentate în susținerea celor declarate prin DUAЕ, nu au prezentat un operator economic care sa nu poată furniza produsele aferente Lotului 2 - Sala de sport. Prin documentele prezentate ofertantul dovedește că are capacitatea de a livra produsele.

Prin cererea de intervenție formulată, ... a solicitat respingerea contestației precizând că nu își însușește criticile privitoare la documentele constatatoare invocate de contestator, sens în care arată următoarele:

(1) Document constatator AD1129673/09.07.2024 - Document constatator nr. 70400 din 05.07.2024, emis de Compania Municipala Termoenergetica București.

Motivul, pentru care contractul subsecvent nu a fost semnat, este că acordul-cadru a ieșit din valabilitate, la scurt timp după solicitarea autorității contractante de a încheia contractul subsecvent (a fost primit pe email cu 3 zile lucrătoare înainte de expirarea acordului-cadru, solicitarea încheierii unui nou contract subsecvent). Obiectiv, timpul fizic necesar nu a fost cu puțință.

(2) Documentul constatator nr. A-3783 din 31.10.2024 emis de către MAPN Unitatea Militara 02032, ca urmare a rezilierii contractului în proporție de 76%.

Motivul pentru care a fost realizată cota parte din contract a fost stabilit de comun acord prin act adițional, fără calcul de penalități, EUROETANS INDUSTRI SRL doar însușindu-și o pretenție ulterioară a beneficiarului.

(3) Documentul constatator AD1074604/05.12.2022 - Document constatator nr. A2949 din 25.11.2022, emis de Unitatea Militara 01558 Târgoviște

Neconformitatea a fost închisă prin plata facturii emisă în urma calculului de penalități pentru perioada de întârziere, respectiv 27.10.2022 - 17.11.2022.

(4) Documentul constatator nr. 7740 din 10.03.2022, emis de către Electrocentrale București, ca urmare a livrării cu întârziere a produselor motiv pentru care au fost calculate penalități de întârziere

Neconformitatea a fost închisă prin plata facturii emisă în urma calculului de penalități pentru perioada de întârziere.

(5) Documentul constatator AD1060851/14.03.2022 - Document constatator nr. 8066 din 14.12.2021, emis de SNGN Romgaz SA.

Neconformitatea a fost închisă prin plata facturii emisă în urma calculului de penalități pentru perioada de întârziere.

În susținerea solicitării de respingere a contestației, intervenientul invocă „Notificarea cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice”, emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

Din simpla lecturare a cuprinsului celor cinci "Documente constatatoare" reiese indubitabil că nu s-a făcut vinovat niciodată de grave încălcări ale principiului concurenței sau de presupusa rezoluție infracțională în domeniul declarării în fals a unor înscrisuri. Respectiv documente constatatoare arată clar faptul că au fost emise pentru situații apărute în mod obiectiv, imposibil de prevăzut în derularea contractului - exemplu pretenția unui beneficiar de a schimba culoarea gresiei inițial contractate cu o altă culoare (documentul constatator nr. A-3783 din 31.10.2024 și notificarea nr. A-3321 din 27.09.2024, prin care beneficiarul solicita livrarea de produs ce se încadrează în cromatica unităților militare, deși prin documentația în urma căreia a fost semnat contractul nu a fost prevăzută o cromatică anume; în plus, nu au fost făcute mențiuni referitoare la culoare).

Mai mult, în eventualitatea câștigării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are posibilitatea de a solicita garanții în plus de la ofertantul câștigător că își va realiza obligațiile asumate și va duce la îndeplinire prevederile viitorului contract. Un argument favorabil este dat și de faptul că, în cazul tuturor celor cinci acte invocate, la niciun contract nu a fost reținută garanția de buna execuție. Acest fapt demonstrează conduita legală, respectivele acte fiind doar sincope inevitabile în circuitul comercial - în care este implicată orice firmă pe piața. În toate cele cinci acte, la punctul ce face referire la prejudiciile aduse Beneficiarului este făcută mențiunea "Nu este cazul" sau este trecut " - ".

Mai mult, prezumtiva rezoluție infracțională nu are acoperire în textul citat de contestatoare, respectiv art. 320, 321 și 322 din Codul de Procedura Penală.

Pe baza celor prezentate, în opinia sa, autoritatea contractantă ar putea considera:

- fie că nu sunt întrunite cerințele cumulative ale cazului de excludere prevăzut de lit. g) a art. 167 alin. (1) - *„operatorul economic și a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plată de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile,,;*

- fie că, deși acestea sunt întrunite, ofertantul a luat măsuri prin care își demonstrează, în mod concret, credibilitatea, astfel că nu va dispune excluderea acestuia.

Chiar dacă legislația achizițiilor încredințează doar autorității contractante, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un ofertant trebuie exclus de la o procedură această posibilitate nu trebuie exercitată în mod arbitrar, marja de apreciere a autorității presupunând posibilitatea de a opta între mai multe soluții care corespund scopului legii, respectiv alegerea unui ofertant în privința căruia să nu existe dovezi de deficiențe semnificative sau persistente. Or, autoritatea contractantă fiind cea căreia îi revine sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de eventuale cauze de excludere anterioare, aceasta, prin comisia de evaluare, are dreptul de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a livra produsele ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Față de contestația depusă, ... a formulat cerere de intervenție.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei intervenții accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul respingerii contestației formulate de ofertantul ... Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că ... în calitate de ofertant câștigător, a solicitat respingerea contestației formulate de ofertantul ... Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost calificată.

Preliminar, Consiliul constată că a depus la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii prevăzute la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/201, respectiv originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 210818259/1, eliberată de CEC Bank, în data de 02.12.2024, în cuantum de 1.000 lei

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

.... în calitate de autoritatea contractantă a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „MATERIALE DIDACTICE PENTRU «ȘCOALA GIMNAZIALĂ ECATERINA TEODOROIU» ÎN CADRUL PROIECTULUI – CREȘTEREA CALITĂȚII INFRASTRUCTURII DE ÎNVĂȚĂMÂNT PRIN DOTAREA CU ECHIPAMENTE DIGITALE, MOBILIER ȘI MATERIALE DIDACTICE A UNITĂȚILOR DE ÎNVĂȚĂMÂNT DIN MUNICIPIUL TÎRGU JIU” (anunț de participare nr. C....). Criteriul de atribuire a fost stabilit „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a procedurii este de 194.296,55 lei, iar a lotului 2 – Sală de sport, care face obiectul acestei contestații, este de 49.189 lei, fără TVA.

Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la modul de evaluare a ofertei câștigătoare, depusă de Contestatorul susține că oferta ... ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă, motivat de existența, pe numele său, a 5 documente constatatoare negative. În consecință, în opinia contestatorului, ofertantul câștigător s-ar face vinovat de declararea în fals a unei situații contrare realității.

Potrivit anunțului de participare/III.1.1) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale*: „1. **Ofertanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164 și art. 167 din Legea 98/2016.**

Operatorul economic (lider, asociat,) va completa cerința corespunzătoare în formularul DUAЕ din documentația de atribuire. Autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc în clasament, întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, prezentarea cazierului judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau control în cadrul acestuia, așa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/ACTUL CONSTITUTIV sau documente echivalente în cazul persoanelor juridice straine. (...).”

În dovedirea neîncadrării în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, ofertanții aveau obligația completării, în DUAЕ, și a secțiunii C: *MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE- Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave.*

Ofertantul câștigător a bifat „Nu” la rubrica „*Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave*”.

Petentul își întemeiază critica pe existența a 5 documente constatatoare, dar fără a demonstra încadrarea ofertei în situațiile de la art. 167 alin. (1) lit.(g) din Legea nr. 98/2016:

Conform art. 167 alin. (1) lit.(g) din Legea nr. 98/2016:

„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.”

Însă, pentru a respinge o ofertă trebuie luate în considerare dispozițiile art. 166 din HG nr. 395/2016: „(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta **reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.**”

Conform anunțului de participare, ofertanții trebuie să-și verifice propria conduită, adică să identifice dacă se află în situațiile de

excludere. Ulterior, trebuie să completeze DUAЕ, în funcție de situația în care se află, respectiv cu *DA* sau *NU*.

Contestatorul reinterpretează cerința, modificând-o, în sensul că ofertanții trebuie să completeze DUAЕ cu toate documentele negative, iar pentru nementionarea lor ofertantul s-ar face vinovat de fals în declarații.

Consiliul nu poate reține aprecierea contestatorului, întrucât simpla existență a unor documente constatatoare negative nu poate reprezenta motiv de excludere. A se vedea în acest sens Hotărârea nr. 163/2024, emisă de Curtea de Apel București, pronunțată în dosarul nr. 8482/2/2023 din 13.03.2024: *„Potrivit art. 166 alin. (8) din HG 395/2016, atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.*

*Așadar, ceea ce poate justifica excluderea unui ofertant potrivit prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din legea 98/2016 este numai aprecierea proprie asupra îndeplinirii condițiilor cumulative, iar nu, în mod singular, **simpla existență a documentului constatator.**”*

Prin art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 s-a atras atenția că, pentru a fi exclusă o ofertă, trebuie verificată îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din lege. Însă, contestatorul nu a analizat cele cinci documente constatatoare, pentru a demonstra îndeplinirea cumulativă a condițiilor de la art. 167 alin. (1) lit. g).

Or, Consiliu nu se poate substitui petentului, în demonstrarea aplicării 167 alin. (1) lit. g). Consiliul are în vedere dispozițiile art. 249 Cod procedură civilă, potrivit cărora: *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*. Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*. Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică, dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestatoare și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) Cod procedură civilă, poate cere administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc. Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcină a probei ar cădea asupra Consiliului sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Așadar, lipsind cu desăvârșire, din partea contestatorului, o argumentare a pretinsului motiv de excludere, respectiv lipsind demonstrarea îndeplinirii cumulative a condițiilor de la art. 167 alin. (1) lit. g), Consiliul nu poate valida susținerea petentului că ofertantul trebuia să înscrie în DUAE cele cinci documente constatatoare. Implicit, nu poate fi reținută nici incidența unei declarații în fals, cum pretinde contestatorul.

Sub acest aspect, critica devine nedovedită.

Pe de altă parte, Consiliul observă că în niciunul dintre cele cinci documente constatatoare nu sunt înscrise prejudicii. În interpretarea contestatorului, orice deficiență în executarea contractului reprezintă o abatere gravă. Penalități de întârziere, plătite la unele contracte, nu reprezintă prejudicii.

Din contră, prin art. 171 Legea nr. 98/2016, se instituie excepții de la excluderea ofertantului din procedura de atribuire, dacă acesta a prezentat dovezi în susținerea fiabilității/credibilității sale, cum ar fi plata despăgubirilor:

„(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.”

În situația de față, intervenientul arată că a plătit acele penalități, contestatorul nedemonstrând contrariul. După cum s-a arătat anterior, contestatorul nu a adus niciun argument asupra îndeplinirii condițiilor cumulative de la art. 167 alin. (1) lit. g), ci s-a limitat la a menționa

existența a cinci documente constatatoare negative. Însă, nicăieri în lege sau în normele de aplicare nu este stabilită vreo obligație de a declara în DUAE documentele negative emise pe numele operatorului economic. Potrivit criteriului de excludere, participantul la procedură are obligația declarării acțiunilor sale care ar fi condus la încadrarea în situațiile de la art. 167, nu orice document constatator negativ.

A ignora deciziile emitenților documentelor constatatoare, prin care s-a considerat că nu există prejudicii prin derularea contractelor, ar însemna că i s-ar permite unei terțe părți (precum contestatorul), care nu a avut nicio implicare în contract, să decidă în locul semnatarilor contractului, asupra modului de derulare a lui. Însă, o astfel de interpretare (așa cum se deduce din argumentele contestatorului) nu are nicio legătură nici cu legea aplicabilă contractului, nici cu cea a achizițiilor publice.

Astfel, nefiind vinovat de abateri profesionale grave, nici contestatorul nedemonstrând acest fapt, ofertantul nu avea obligația declarării în DUAE a documentelor reclamate.

Mai mult decât atât, aprecierea necesității respingerii ofertei aparține autorității contractante. Existența documentelor constatatoare nu conduce automat la respingerea ofertei, autoritatea contractantă apreciind ea singură faptele. Or, achizitorul a precizat că *„prin documentele prezentate ofertantul dovedește că are capacitatea de a livra produsele”*.

Relevantă în acest caz este hotărârea CJUE, în cauza C 267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA:

„27 Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C 41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

28 Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în

sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

29 Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză.”.

Prin analizarea situației ofertei câștigătoare, strict prin prisma existenței a cinci documente constatatoare negative (care nu conțin prejudicii), fără verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative de la art. 167 alin. (1) lit. g), contestatorul ignoră tocmai prevederea în cauză, dar și excepțiile de la art. 171.

De interes în acest sens sunt cele dispuse de CJUE în:

➤ cauza C395/18, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA:

„49 Necesitatea de a respecta principiul proporționalității este reflectată și la articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24, în temeiul căruia orice operator economic care se află în special în situația prevăzută la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din această directivă, inclusiv, astfel cum reiese din cuprinsul punctului 43 din prezenta hotărâre, ca urmare a încălcării constatate în privința unui subcontractant indicat în ofertă, poate furniza dovezi pentru a atesta că măsurile pe care le a luat sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței acestui motiv de excludere. Articolul 57 alineatul (6) primul paragraf din Directiva 2014/24 precizează că, dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. Această dispoziție introduce astfel un mecanism de măsuri corective (self cleaning) care subliniază importanța acordată fiabilității operatorului economic (Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C 41/18, EU:C:2019:507, punctele 40 și 41).

50 În consecință, atunci când riscă să fie exclus de la participarea la procedura de achiziții publice ca urmare a încălcării obligațiilor prevăzute de legislația din domeniul mediului, social și al muncii, imputabilă unuia dintre subcontractanții la care intenționează să recurgă, operatorul economic care a depus oferta poate demonstra autorității contractante că este în continuare fiabil, în pofida existenței unui astfel de motiv de excludere, autoritatea contractantă trebuind, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) al treilea paragraf din Directiva

2014/24, să aprecieze elementele de probă prezentate de acest operator în funcție de gravitatea situației și de împrejurările particulare ale speței.”

➤ cauza C387/14, RTS infra BVBA:

„29 Această interpretare este confirmată de obiectivul urmărit prin articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24. Astfel, atunci când prevede că orice operator economic trebuie să poată furniza dovada măsurilor corective, această dispoziție urmărește să sublinieze importanța atașată fiabilității operatorului economic, precum și să asigure o evaluare obiectivă a operatorilor economici și o concurență efectivă (a se vedea prin analogie Hotărârea din 11 iunie 2020, Vert Marine, C 472/19, EU:C:2020:468, punctul 22). Or, acest obiectiv poate fi atins atunci când este furnizată dovada măsurilor corective, în oricare etapă a procedurii care precedă luarea deciziei de atribuire, esențial fiind ca operatorul economic să aibă posibilitatea de a invoca și de a solicita examinarea măsurilor care, în opinia sa, permit remedierea unui motiv de excludere care îl privește.

(...)

34 În al doilea rând, trebuie precizat că, astfel cum reiese din articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24, statele membre sunt obligate, atunci când stabilesc condițiile de aplicare a acestui articol 57, să respecte dreptul Uniunii. În special, acestea 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 (Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ’ Italia, C 276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, precum și jurisprudența citată). (...)

48 În speță este necesar să se considere că, prin faptul că prevede că orice operator economic poate furniza dovezi pentru a arăta că măsurile pe care le a luat sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea sa, în pofida existenței unui motiv de excludere care îl privește, articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 conferă operatorilor economici un drept care, pe de o parte, este formulat în termeni neechivoci și, pe de altă parte, pune în sarcina statelor membre o obligație de rezultat care, chiar dacă condițiile sale materiale și procedurale de aplicare trebuie să fie precizate de statele membre, în temeiul articolului 57 alineatul (7) din această directivă, nu depinde de o transpunere în dreptul intern pentru a putea fi invocată de operatorul economic în cauză și aplicată în beneficiul acestuia din urmă.

49 Astfel, indiferent de modalitățile concrete de aplicare a articolului 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24, această dispoziție prevede în mod suficient de precis și de necondiționat, în sensul jurisprudenței citate la punctul 46 din prezenta hotărâre, că operatorul economic în cauză nu poate fi exclus de la procedura de achiziție dacă reușește să dovedească, într-un mod satisfăcător pentru autoritatea contractantă, că măsurile corective luate îi restabilesc fiabilitatea în pofida existenței unui motiv de excludere care îl privește. În consecință, articolul 57 alineatul (6) din această directivă prevede în favoarea acestui operator economic o protecție minimă indiferent de marja de apreciere lăsată statelor membre la stabilirea condițiilor procedurale ale acestei dispoziții (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 iulie 1994, Faccini Dori, C 91/92, EU:C:1994:292, punctul 17, precum și Hotărârea din 5 octombrie 2004, Pfeiffer și alții, C 397/01-C 403/01, EU:C:2004:584, punctul 105). Această soluție se impune cu atât mai mult cu cât, astfel cum a arătat în esență domnul avocat general la punctul 102 din concluziile sale, articolul 57 alineatul (6) din directiva menționată stabilește elementele fundamentale ale regimului măsurilor corective și ale dreptului conferit operatorului economic, indicând elementele minime care trebuie dovedite, precum și criteriile de evaluare care trebuie respectate.”

În concluzie, întrucât ofertantul contestator nu a demonstrat că, prin existența celor cinci documente constatatoare, ar fi incident motivul de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nu se susține nici critica referitoare la unui pretins fals în declarații.

Văzând toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată, inclusiv cererea de acordare a cheltuielilor de judecată.

În concluzie, va admite cererea de intervenție.

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de în contradictoriu cu, inclusiv cererea de acordare a cheltuielilor de judecată.

Admite cererea de intervenție.

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

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,
...

Redactată în 5 exemplare, conține 13 pagini.