CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... SRL, cu sediul în ....., …, județul ....., având CUI ....., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ....., privind procedura de licitație deschisă, organizată de ...., cu sediul în satul ....., …., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de furnizare produse alimentare pe loturi, lotul 13 – Zahăr, produse conexe, cod CPV 15830000-5 Zahăr și produse conexe (Rev. 2), contestatoarea a solicitat anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 1100/05.04....., excluderea participantului desemnat câștigător pentru lotul 13 și desemnarea unui nou câștigător dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

SC ..... SRL, cu sediul în ....., .., ..., județul ....., având CUI RO ....., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ....., a formulat cererea de intervenție nr. ...../ ....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../18.04....., prin care a solicitat respingerea contestației ca tardivă și lipsită de obiect, aplicând prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, și menținerea rezultatului procedurii menționat în raportul procedurii.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. ..... alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 critică ....., emis de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

Potrivit raportului procedurii pentru lotul 13 a fost desemnat câștigător ofertantul SC ..... SRL, iar oferta sa s-a clasat pe locul 2.

Consideră că desemnarea SC ..... SRL câștigător contravine dispozițiilor Legii nr. 98/2016, întrucât ofertantul se află sub incidența a două motive de excludere dintre cele prevăzute la art. 167.

În primul rând, ofertantul desemnat câștigător se află sub incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016.

Concret, așa cum reiese din adresa de reziliere nr. IA 17287/AP/07.06.2018, ... a reziliat contractul de achiziție publică nr. IA 12792/27.04.2018, încheiat cu SC ..... SRL, față de neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor.

Așa cum reiese din Notificarea de reziliere a contractului susmenționat, SC ..... SRL a livrat produsele cu întârziere, fără a respecta obligațiile contractuale, nu a livrat comenzile în totalitate, a livrat produse într-un alt gramaj decât cel asumat prin caietul de sarcini.

În finalul Notificării de reziliere se mai menționează că pe viitor autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a exclude această societate din procedurile de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016.

Contestatoarea apreciază că ofertantul SC ..... SRL se regăsește în ipoteza textului legal, fiind îndeplinite cerințele cumulative, respectiv:
- încălcarea gravă a obligațiilor contractuale;
- încetarea anticipată a contractului de achiziție publică din cauza acestei încălcări.

În al doilea rând, ofertantul declarat câștigător se mai află și în situația de excludere prevăzută la lit. h) a art. 167 alin. (1) din lege, respectiv se face 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, deoarece nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.

Afirmația sa se bazează pe faptul că, cu ocazia completării DUAE, SC ..... SRL nu a adus la cunoștința autorității contractante motivul de excludere în care se află.

Dacă ar fi procedat astfel, autoritatea contractantă ar fi avut posibilitatea fie să excludă acest ofertant, fie să îi ceară clarificări.

În mod evident ofertantul nu a fost exclus și nici nu i s-au cerut clarificări, pentru a se prevala de dispozițiile art. 171 din lege.

Potrivit dispozițiilor art. 169 din lege, 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.

Fiind indusă în eroare de către SC ..... SRL, prin omisiunea acestuia de a declara cazul de excludere, autoritatea contractantă a fost pusă în poziția de a desemna câștigător un ofertant găsit vinovat de încălcări grave ale unui contract de achiziție publică, și care în plus declară în fals că îndeplinește toate cerințele legale pentru a putea participa la astfel de proceduri.

Au fost astfel încălcate grav principiile achizițiilor publice, cu referire în mod special la principiul tratamentului egal, instituit de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Prin desemnarea ca și câștigător a ofertantului SC ..... SRL a avut loc și o încălcare a principiului legalității, ceea ce a determinat o favorizare (involuntară) nepermisă și nelegală a unui concurent în defavoarea celorlalți.

În concluzie, față de toate aceste considerente, contestatoarea solicită constatarea că a fost declarată câștigătoare pentru lotul 13 de produse oferta depusă de un agent economic aflat în situație de excludere (art. 167 lit. g) și h) din lege), ceea ce determină nulitatea parțială a raportului, cu consecința desemnării unui câștigător dintre cei care îndeplinesc condițiile legale de participare.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 13562/...../...../11.04....., în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, DUAE pentru ofertanta câștigătoare SC ..... SRL, documentele depuse de această ofertantă în susținerea informațiilor DUAE, clarificările și răspunsurile corespunzătoare în referire la informațiile DUAE, precum și punctul de vedere cu privire la contestație.

Prin adresa nr. 1200/15.04....., înregistrată la Consiliu cu nr. 14040/15.04....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de ..... SRL, iar documentele solicitate au fost comunicate în data 19.04....., fiind înregistrate cu nr. 14875.

...., prin punctul său de vedere, solicită respingerea contestației formulată de ..... SRL ca nefondată, pentru următoarele motive:

1. este o autoritate contractantă cu personalitate juridică, nesubordonată .... din punct de vedere al procedurilor de achiziții;
2. ..... SRL, prin documentul prezentat - adresa de reziliere nr. IA 17287/AP/07.06.2018, i-a adus la cunoștință rezilierea contractului pentru neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale de către SC ..... SRL cu o altă autoritate contractantă, în acest caz, ..., contract încheiat pentru centrele de copii.

3. În urma evaluării documentelor, SC ..... SRL a îndeplinit, în totalitate, condițiile de calificare ale anunțului de participare la procedura de atribuire în cauză.
4. SC ..... SRL a prezentat documente justificative privind îndeplinirea DUAE.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ...../18.04....., SC ..... SRL a depus cererea de intervenție, solicitând respingerea contestației formulată de ..... SRL ca fiind tardivă și lipsită de obiect, aplicând prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, și menținerea rezultatului procedurii menționat în raportul procedurii.

În susținerea acesteia, intervenienta invocă următoarele:

În ceea ce privește critica contestatoarei potrivit căreia SC ..... SRL se află sub incidența a două motive de excludere dintre cele prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, intervenienta invocă excepția de tardivitate, potrivit căreia, așa cum menționează și contestatoarea, în cadrul evaluării DUAE se stabilește situația personală a candidatului sau ofertantului, respectiv că acesta nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016.

În activitatea de evaluare, în concordanță cu prevederile art. 131 din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare a realizat analiza și evaluarea DUAE anterior elaborării raportului procedurii, ce conține ca anexă: procesul-verbal de evaluare DUAE și a garanției de participare, acest lucru este menționat și în calendarul procedurii de atribuire.

În cadrul etapei de evaluare DUAE s-a decis conformitatea acesteia depusă de SC ..... SRL și s-a consemnat acest fapt prin proces-verbal al ședinței de analiza DUAE și a garanției de participare nr. 930/25.03....., elaborat de autoritatea contractantă și postat în SEAP în data de 25.03.....

Aplicând prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, termenul de formulare a contestației în acest caz este de 10 zile de la luarea la cunoștință despre actul autorității contractante pe care îl consideră nelegal, adică cel târziu în data de 04.04.....

Prin urmare, intervenienta solicită respingerea contestației așa cum impun dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

La cererea privind respingerea contestației ca fiind tardivă, concluzionează: în cadrul evaluării ofertelor depuse în procedura de achiziție publică de produse alimentare pe loturi, autoritatea contractantă, prin proces-verbal al ședinței de analiză a DUAE și a garanției de participare nr. 930/25.03....., a decis conformitatea DUAE prezentată de SC ..... SRL și a consemnat și publicat în SEAP acest fapt.

Eronat contestatoarea atacă raportul procedurii: documentul care conține decizia autorității și motivele invocate de contestatoare sunt conținute de procesul-verbal al ședinței de analiza DUAE și a garanției de participare nr. 930/25.03.....

Intervenienta precizează motivele pe care le consideră legale și suficiente pentru a se respinge contestația ca fiind lipsită de obiect:

În susținerea celor menționate în capetele de cerere a contestației, contestatoarea, invocă și prezintă atașată o notificare emisă de Direcția Generală de Proiecție a Copilului .....

Legislația prevede expres modalitatea de certificare a derulării unui contract de achiziție publică, și anume prin emiterea unui document constatator.

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.

Astfel, intervenienta face următoarele precizări:

1. Autoritatea contractantă .... nu a emis și nu a transmis către SC ..... SRL niciun document constatator care să precizeze că nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale.
2. În SEAP nu este publicat niciun document constatator care să menționeze că SC ..... SRL nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale.
3. Știind cu certitudine că SC ..... SRL își îndeplinește fără excepție toate obligațiile contractuale și că are o conduită caracterizată prin buna cuviință, bună credință și corectitudine în relațiile cu toate autoritățile contractante, cu siguranță SC ..... SRL ar fi atacat în instanță un eventual document constatator care ar fi precizat altfel.
4. Când o autoritate contractantă ia decizia de a exclude dintr-o procedură un operator economic care are un document constatator (sau mai multe) nefavorabil postat în SEAP, aceasta trebuie să analizeze cu atenție îndeplinirea cumulativă a condițiilor menționate.
5. Neavând cunoștință de necesitatea prezentării unor dovezi în sensul demonstrării credibilității prin raportare la motivele de excludere, SC ..... SRL nu a recurs la acest drept dat de lege, deoarece nu a constatat existența premisei pentru exercitarea acestui drept: în primul rând nu există niciun document constatator nefavorabil și în al doilea rând, autoritatea nu a făcut nicio solicitare în acest sens.
6. Notificarea prezentată de contestatoare și atașată contestației nu este un document echivalent documentului constatator reglementat de legislația specifică în vigoare, nu are același efect și aplicabilitate juridică, nu se substituie și nu se asimilează acestuia: toate acestea sunt motive pentru care SC ..... SRL nu a întreprins niciun demers de atac al notificării de la emiterea documentului și până în prezent.

Astfel, intervenienta concluzionează că, în eventualitatea unui demers de respingere a unui ofertant, orice autoritate contractantă trebuie să țină seama de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Fără a fi necesară prezentarea unor documente suplimentare, motivele care stau la baza rezilierii din notificarea în discuție, nu o conduce la condiții reale și temeinice de reziliere a contractului, deoarece în niciun caz nu poate fi considerată neconformitate ce face impropriu utilizării conform destinației prevăzute de contract livrarea iaurtului de consum la gramaj de 140 de grame în loc de 125 de grame.

Această situație nu se asimilează cu o „neconformitate", ci este vorba de un produs superior cantitativ, având aceleași specificații, dar un gramaj mai mare, la același preț ofertat.

Cât despre celelalte precizări din notificare, intervenienta poate prezenta la solicitarea oricărei autorități din România dovezi că SC ..... SRL a răspuns la comenzile transmise, a livrat marfa comandată așa cum rezultă din fișa de client atașată la prezenta cerere de intervenție, în perioada contractuală de la 27.04.2018 - și până la rezilierea de drept 11.06.2018, și chiar și după data rezilierii contractului, din bună credință și corectitudine.

Foarte important este faptul că derularea contractului a presupus livrarea de marfă către 12 centre de asistență socială din județul ....., iar în derularea unui contract de complexitatea celui în discuție sunt inerente unele mici inadvertențe din partea ambelor părți: atât a furnizorului, cât și a beneficiarului.

Ce a omis să menționeze contestatoarea, este că SC ..... SRL a solicitat rezilierea contractului pe cale amiabilă, iar autoritatea contractantă nu și-a exprimat dezacordul prin vreun răspuns sau referire la această cerere înregistrată la sediul lor, nu a refuzat rezilierea contractului cu prezentarea eventualelor penalități sau prejudicii, ci a aprobat tacit cererea. Deci rezilierea contractului nu s-a realizat în fapt la inițiativa autorității contractante, ci ca urmare a acordului tacit dat de aceasta la o cerere înaintată de SC ..... SRL în ceea ce o privește.

Față de toate aspectele prezentate mai sus, intervenienta concluzionează că notificarea în cauză este un act unilateral al autorității contractante și nu poate constitui dovada neîndeplinirii sau a îndeplinirii defectuoase a contractului respectiv și, mai ales, din motive imputabile ofertantului în cauză, SC ..... SRL. Notificarea atașată contestației nu este un document echivalent documentului constatator reglementat de legislația specifică în vigoare, nu are același efect și aplicabilitate juridică, nu se substituie și nu se asimilează acestuia, toate acestea sunt motive pentru care SC ..... SRL nu a întreprins niciun demers de atac de la emiterea documentului și până în prezent.

Prin adresa nr. 45/....., înregistrată la Consiliu cu nr. 14592/ 18.04....., ... SRL a transmis Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, precizând că niciunul dintre argumentele prezentate nu conduc la netemeinicia contestației formulate.

Menționează că, prin contestația pe care a formulat-o, a urmărit corectarea unei erori făcute involuntar de către o autoritatea contractantă indusă în eroare de un operator economic cu comportament incorect.

Prin adresa nr. 48/18.04....., înregistrată la Consiliu cu nr. 14840/19.04....., ... SRL a transmis răspuns la cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată pentru următoarele motive:

- Referitor la excepția tardivității formulării contestației, solicită respingerea ca neîntemeiată, întrucât a înțeles prin demersul său să conteste ....., nicidecum procesul-verbal al ședinței de analiză DUAE și a

garanției de participare; SC ..... SRL nu poate, prin cererea de intervenție formulată, să modifice obiectul contestației formulate de societatea sa; ceea ce încearcă intervenientul să acrediteze, este ideea că un caz de excludere poate fi invocat numai până la un anumit moment procesual, respectiv numai în cadrul unei eventuale contestații formulate împotriva procesului-verbal care constată rezultatul analizei DUAE; această interpretare este eronată, venind în contradicție cu dispozițiile exprese ale art. 169 din Legea nr. 98/2016, care prevăd că excluderea poate fi invocată în orice moment al procedurii și, în plus, o eventuală contestație împotriva procesului-verbal indicat de intervenientă ar fi fost lipsită de interes la acel moment al procedurii; punctul de vedere promovat de intervenientă duce la îngrădirea accesului la justiției, iar în plus adoptarea sa ar avea ca şi consecință acceptarea unei decăderi din dreptul de a invoca motivele de excludere, deși acestea sunt instituite prin norme imperative, de ordine publică, chiar legea specificând că pot fi invocate oricând;

- Referitor la argumentul potrivit căruia cazurile de excludere de genul celor invocate de ..... SRL pot fi probate doar cu documente constatatoare emise de autorități contractante, contestatoarea susține că și acesta urmează să fie respins; nicio dispoziție legală nu condiționează dovedirea cazurilor de excludere cu un anumit gen de mijloc de probă; din contră, fiind vorba despre chestiuni de fapt, ele pot fi probate cu orice mijloc de probă, potrivit legii, chiar și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 instituind posibilitatea administrării oricăror mijloace de probă în cadrul soluționării contestațiilor de către CNSC; faptul că o autoritate contractantă a înțeles să nu respecte dispozițiile legale în sensul emiterii unui certificat constatator negativ, nu poate duce la îngrădirea unui operator economic de a proba anumite aspecte cu alte înscrisuri (în speță notificarea de reziliere);
- în cauză sunt îndeplinite condițiile cumulative de excludere prevăzute de art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, așa cum acestea sunt explicitate în alin. (8) al aceluiași articol; intervenientul și-a încălcat în mod grav obligațiile sale contractuale, ceea ce a dus la rezilierea unui contract de achiziție publică; interesant este faptul că, deși SC ..... SRL citează inițial în mod corect conținutul articolului, în cererea de intervenție face vorbire despre încălcări grave și repetate, argumentând că acestea nu au avut loc;
- intervenientul are tendința de a transforma contestația într-un veritabil litigiu civil având ca obiect desființarea notificării de reziliere, aducând argumente total străine cauzei, prin care încearcă să acrediteze ideea că și-a executat obligațiile în cadrul contractului în discuție, de aceea nu se impunea emiterea documentului invocat; astfel, contestatoarea solicită înlăturarea argumentelor și trebuie analizate orice documente emise de autorități contractante și care nu au fost anulate/desființate în niciun fel în cadrul vreunei proceduri judecătorești, cum este și cazul notificării de reziliere. Notificarea de reziliere nu a fost contestată de SC ..... SRL, nu

a fost invalidată de vreo instanță judecătorească, astfel că ea face deplină dovadă despre împrejurările pe care autoritatea contractantă le constată.
- toate mențiunile din respectiva Notificare duc la concluzia încălcării grave a obligațiilor contractuale, astfel că o plasează în sfera de incidență a motivului de excludere; dacă nu ar fi fost vorba despre încălcări grave, autoritatea contractantă, ..., nici nu ar fi recurs la această modalitate de încetare a relațiilor contractuale;
- existența încălcărilor grave, chiar și repetate, ale obligațiilor contractuale este menționată expres în *Notificarea de reziliere*, astfel că a susține o situație contrară în acest cadru procesual este inadmisibil; mai mult, intervenienta face referire doar la livrarea unor produse într-un gramaj mai mare, „băgând sub preș" primele două motive de reziliere invocate de ....., respectiv livrarea produselor cu întârziere, fără a respecta obligațiile contractuale și faptul că aceste comenzi nu au fost livrate în totalitate;
- solicită respingerea susținerilor intervenientei în sensul că ar fi solicitat chiar ea rezilierea amiabilă, iar autoritatea contractantă a aprobat tacit această solicitare; acordul tacit la o cerere de reziliere pe cale amiabilă reprezintă un nonsens juridic;
- de asemenea, solicită respingerea încercărilor intervenientei de a-și dovedi credibilitatea, întrucât prezenta contestație nu reprezintă cadrul legal de aplicare a dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016; faptul că alte autorități contractante au emis certificate constatatoare pozitive nu are importanță, relevantă fiind existența celor două motive de excludere prezentate de societatea sa (despre motivul de excludere prevăzut de art. 167 lit. h) din Legea 98/2016), opinează contestatoarea.

Pentru toate aceste considerente, contestatoarea solicită respingerea cererii de intervenție formulată de SC ..... SRL și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

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

În vederea atribuirii contractului de furnizare produse alimentare pe loturi, lotul 13 – Zahăr, produse conexe, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă. Conform anunțului de participare nr. ...../....., publicat în SICAP, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 22.03....., ora 1500. Valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 525.376,70 și 682.944,80 lei, fără TVA, din care pentru lotul 13 – Zahăr produse conexe, valoarea estimată este cuprinsă între 12.103, 90 și 15.737,00 lei, fără TVA iar criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, ... SRL a înaintat contestația de față, solicitând anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 1100/05.04....., excluderea participantului desemnat câștigător pentru lotul 13 și desemnarea unui nou câștigător dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

Contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de 315,00 lei, conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar

recipisa de consemnare nr. 205370621/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala ....., la data de .....

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că SC ..... SRL, în calitate de participant la procedura de atribuire, declarat câștigător pentru lotul 13 - Zahăr, produse conexe, a înaintat cerere de intervenție, ca urmare a contestației depuse de ..... SRL.

Consiliul, văzând că are calitate şi capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea ei, fiind ofertant declarat câștigător, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante.

În acest sens, Consiliul a avut în vedere dispozițiile art. 61 alin. (2) din Noul Cod de procedură civilă, potrivit cărora intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Din acest motiv intervenția principală, conform art. 62 alin. (1) din Noul Cod de procedură civilă, este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată, îndreptându-se, în acest caz, împotriva ambelor părți din proces, respectiv autoritate contractantă și contestatoare.

Prin urmare, dat fiind că oferta SC ..... SRL a fost declarată câștigătoare și urmărește să își prezerve dreptul câștigat, în fața Consiliului nu poate uza decât de calea unei intervenții accesorii, în favoarea autorității contractante, în condițiile art. 61 alin. (3) din cod. Obiectul cererii de intervenție în situația de față este identic cu cel al autorității contractante din punctul de vedere la contestație, respectiv menținerea rezultatului stabilit de autoritatea contractantă, motiv pentru care se poate concluziona că intervenția sa este în sprijinul acesteia și nu pentru realizarea unei pretenții proprii. Neexistând o pretenție proprie, ofertantului nu îi poate reveni decât calitatea de intervenient accesoriu, în favoarea autorității contractante.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 şi ..... din Noul Cod de procedură civilă, autoarea acesteia având interes în menținerea actualului ..... al procedurii de atribuire.

De asemenea, Consiliul are în vedere excepția tardivității invocată de intervenientă, asupra căreia se va pronunța, cu întâietate, așa cum impun dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”.

Astfel, Consiliul constată lipsa de temeinicie a acesteia, având în vedere că au fost respectate prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

..... SRL a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii stabilit prin raportul procedurii nr. 1100/05.04..... și nu a evaluării DUAE din procesul-verbal de evaluare nr. 930/25.03.2016. Evaluarea

DUAE invocată de intervenientă nu a fost finalizată la data încheierii procesului-verbal invocat, ci ulterior după solicitarea documentelor doveditoare celor susținute în DUAE (adresa nr. 1070/03.04.....) și evaluarea documentelor prezentate ca urmare a acestei solicitări, ... consemnat în raportul procedurii.

Având în vedere că raportul procedurii nr. 1100/05.04..... a fost emis în data de 05.04....., transmiterea contestației în data de ..... s-a făcut cu respectarea termenului de 10 zile impus de legiuitor.

De asemenea, se constată caracterul nefondat al solicitării intervenientei de a respinge contestația ca fiind lipsită de obiect, dat fiind că obiectul acesteia a fost definit fără echivoc, respectiv anularea, în parte, a rezultatului procedurii de atribuire stabilit prin .....

Trecând la analiza pe fond a criticilor contestatoarei împotriva deciziei autorității contractante de a declara câștigătoare oferta SC ..... SRL, Consiliul constată lipsa de temei a acestora.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul consideră relevante următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 167 alin. (1) lit. g) potrivit cărora *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: ... g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile; h)) operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea autorităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;*
- art. 169: *Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoştinţă că operatorul economic se află, având în vedere acţiunile sau inacţiunile săvârşite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.*

Totodată, în cauză se consideră aplicabile prevederile art. 166 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora, *(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează: a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent şi, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanţie tehnică a produselor în cauză ... (2) În situaţia prevăzută la art. 144 alin. (1), documentul constatator se emite în termen de 14 zile de la data la care ar fi trebuit încheiat contractul de achiziţie public/acordul-cadru, dacă ofertantul nu ar fi refuzat semnarea acestuia, sau de la data de la care a fost reziliat acesta, în cazul în care există contract semnat. (3) Autoritatea contractantă are următoarele obligaţii: a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului; b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziţiei publice. (4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare. (5) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) şi (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările şi completările ulterioare. ... (8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.*

Analizând DUAE depus de SC ..... SRL, Consiliul constată că nu există informații legate de o incidență a prevederilor art. 167 din lege. De

asemenea, se constată existența declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 166 și 167 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, la momentul evaluării ofertelor, din documentele depuse de către SC ..... SRL achizitoarea nu putea constata existența unei situații de derulare necorespunzătoare a unuia sau mai multe contracte de către acest operator economic, deoarece declarațiile sale sugerau inexistența unei astfel de situații.

De asemenea, se constată că în cauză nu s-a făcut dovada existenței unui document constatator care să ateste faptul că SC ..... SRL nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale într-un contract anterior astfel încât să fie incidente prevederile art. 167 din lege.

Autoarea contestației își bazează afirmațiile pe Notificarea de reziliere contract nr. IA 17287 AP/07.06.2018, prin care ...., notifică SC ..... SRL de rezilierea contractului nr. IA 12792 AP/99/27.04.2018 pentru loturile 1, 3 și 4 (lapte și smântână, brânzeturi și diverse produse lactate) pentru următoarele motive: livrarea produselor s-a realizat cu întârziere fără a respecta obligațiile contractuale, comenzile nu au fost livrate în totalitate și pentru că produsele au fost livrate la alt gramaj decât cel asumat în caietul de sarcini (iaurt de 140 g în loc de iaurt de 125g). În finalul notificării se consemnează că, pe viitor, emitentul își rezervă dreptul de a exclude SC ..... SRL din procedurile de achiziție publică în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul are în vedere faptul că, în general, nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după cum nu orice document constatator trebuie să conducă, *tale quale*, la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la articolul respectiv. Legiuitorul impune emitentului documentului o anumită procedură, și includerea anumitor elemente de fond ale documentului, respectiv dacă operatorul economic şi-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.

Analizând prevederile legale antemenționate, rezultă că pentru a putea fi exclus un operator economic de către autoritatea contractantă, trebuie îndeplinite cumulativ, şi nu alternativ, următoarele condiții:

- operatorul economic 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;
- încălcare acestor obligaţii a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

De asemenea, Consiliul are în vedere faptul că nu poate fi constatată îndeplinirea cerinței legale amintite potrivit căreia autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor

contractuale de către contractant dacă este cazul, respectiv despre eventualele prejudicii, neputând fi identificat un certificat constatator emis de respectiva autoritate contractantă pentru modul în care s-a derulat contractul nr. IA 12792 AP/99/27.04.2018 din care să rezulte o eventuală îndeplinire/neîndeplinire a condițiile legale amintite.

De asemenea, Consiliul nu poate lua în considerare nici speculațiile contestatoarei legate de derularea respectivului contract și motivele care au stat la baza rezilierii lui, în condițiile în care anterior emiterii notei invocate, autoarea cererii de intervenție a făcut solicitarea nr. 64/29.05.2018 către beneficiarul respectivului contract de reziliere a contractului IA 12792 AP/99/27.04.2018 pe cale amiabilă.

Prin urmare, Consiliul apreciază că, pentru a uza de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 referitoare la excluderea ofertei SC ..... SRL, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă certitudinea îndeplinirii condițiilor cumulative amintite, ori doar notificarea invocată nu oferă o asemenea certitudine.

Măsura excluderii ca urmare a incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 poate fi luată de autoritatea contractantă pe baza unor dovezi clare, certe, din care să rezulte fără dubiu că sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de dispozițiile legale.

Consiliul are în vedere faptul că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și executantului. Nota de reziliere respectivă, în condițiile existenței unei solicitări amiabile în acest sens, nu poate fi asimilată unui document constatator emis în condițiile legii. Această notă de reziliere neîmbrăcând forma unui document constatator și fiind emisă în urma unei solicitări de reziliere nu are efectele și consecințele unui asemenea document. Cum simpla existență a unui document constatator nu este suficientă pentru excluderea unui operator economic din procedură, cu atât mai puțin o notificare de reziliere poate determina o astfel de decizie.

Deși dispozițiile art. 166 din HG nr. 395/2016 arată că documentul constatator este un act administrativ, de aici nu se poate desprinde concluzia că el este prezumat a fi valabil, din moment ce însuși legiuitorul obligă autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, să verifice dacă cele cuprinse în conținutul său respectă condițiile prevăzute în lege [(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*].

În ceea ce privește incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, Consiliul consideră că măsura solicitată de contestatoare prin afirmațiile sale legate de existența unor declarații false de respingerea ofertei SC ..... SRL este disproporționată.

Astfel, este evident că a fost reziliat anticipat contractul nr. 12792 AP/99/ 27.04.2018 pentru loturile 1, 3 și 4, dar există și o cerere de

reziliere pe cale amiabilă a acestuia, iar nota de reziliere survenită ulterior nu îmbracă forma necesară documentului constatator, astfel că omisiunea SC ..... SRL nu poate fi sancționată prin respingerea ofertei. Neputând fi constată incidența lit. g) a aceluiași articol, respingerea ofertei SC ..... SRL pentru o astfel de omisiune nu poate fi sancționată astfel.

În aceste condiții, sub aspectul celor criticate, contestația ..... SRL, în contradictoriu cu ...., va fi respinsă ca nefondată.

Criticile formulate de contestatoare fiind considerate nefondate, Consiliul va admite, în parte, cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația depusă de ..... SRL, în contradictoriu cu ....

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL și o admite, în parte.

Respinge ca nefondată solicitarea din cererea intervenientei de respingere ca tardivă și lipsită de obiect a contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în 5 exemplare, conține 13 pagini.