

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 34132/14.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 65167/14.12.2021, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., formulată împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 2764/06.12.2021 și a raportului procedurii nr. 2765/06.12.2021, documente emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Achiziționare diferenței de tablete cu acces la internet pentru uz școlar, respectiv alte dotări IT în cadrul proiectului „Asigurarea accesului elevilor la procesul de învățare în mediul on-line prin dotarea elevilor cu echipamente mobile din domeniul tehnologiei” în cadrul Școlii Gimnaziale „...” - Lotul 1 „Tablete cu acces la internet”, cod CPV 79713000-5, s-a solicitat anularea comunicării nr. 2764/06.12.2021 și a raportului procedurii nr. 2765/06.12.2021, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale depusă pentru Lotul 1.*

**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 SC ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire pentru Lotul 1, critică decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, ca inacceptabilă, și de a anula procedura de atribuire pentru lotul 1.

Autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia pe dispozițiile art. 137 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora oferta este considerată inacceptabilă dacă *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”.*

Petenta învederează că, dintr-o eroare, a bifat „NU” în loc de „DA” la secțiunea încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile din cadrul DUAЕ. Aceasta precizează că documentele constatatoare sunt publice și pot fi accesate în SEAP.

Consideră că prin răspunsul la clarificări a demonstrat că societatea nu se încadrează la motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, autoritatea contractantă a afirmat în cadrul comunicării nr. 2764/06.12.2021, că verificând DUAЕ, precum și răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă de SC ...SRL, se constată următoarele:

Potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude de la procedura de atribuire pe operatorul economic care *„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”*.

Pe cale de consecință, rezultă că pentru ca să fie reținut incidența motivului de excludere, trebuie îndeplinite cumulativ următoarele:

- să existe o încălcare gravă a obligațiilor contractuale care să fi condus la încetarea anticipată a contractului, la plata de daune interese sau la aplicarea unor alte sancțiuni comparabile;
- să existe încălcări repetate ale obligațiilor contractuale în cadrul unui contract încheiat anterior, încălcări care au condus la încetarea anticipată a contractului, la plata de daune interese sau la aplicarea unor alte sancțiuni comparabile.

Din conținutul certificatelor constatatoare identificate în SEAP, rezultă că operatorul economic vizat nu se încadrează în prima ipoteză descrisă, deoarece încălcările dispozițiilor contractuale nu pot fi considerate grave.

Totodată, încălcările dispozițiilor contractuale nu pot fi catalogate ca fiind repetate.

De asemenea, se constată că ofertantul a adus dovezi, în sensul prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, astfel că, în temeiul dispozițiilor art. 171 alin. (1) și (2) din același act normativ, se constată ca Societatea SC ...SRL nu se încadrează în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g).

În concluzie, contestatoarea subliniază că, prin răspunsurile la clarificări a confirmat autorității contractante că deține certificate constatatoare, dintr-o eroare nu a bifat corespunzător la această secțiune în momentul completării DUAЕ, însă a demonstrat că nu se încadrează la articolul de lege care prevede excluderea unui operator conform art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care solicită reevaluarea ofertei sale pentru lotul 1.

..., a transmis documentele relevante și necesare în soluționarea contestației, precum și punctul său de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 3549/21.01.2022, prin care solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată, având în vedere următoarele argumente:

În fapt, oferta depusă de SC ...SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în condițiile prevăzute de art. 137 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece nu a declarat în DUAЕ că, în privința conduitei sale profesionale, există emise mai multe documente constatatoare negative.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunilor, în valoare de 2489 lei prin recipisa de consemnare nr. 207714666/1/20.12.2021, emisă de

Cauțiuna constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Pe fondul contestației, în urma analizării DUAЕ, potrivit celor consemnate în Procesul-verbal de evaluare nr. 1950/20.08.2021, s-a hotărât formularea unei solicitări de clarificări către SC ...SRL, cu privire la modul în care acest ofertant a completat DUAЕ, respectiv adresa nr. 1951/20.08.2021.

Potrivit celor consemnate în Procesul-verbal de evaluare nr. 2067/13.09.2021, s-a constatat că ofertantul a răspuns în termen la solicitare, în data de 25.08.2021 ora 16:44, prin transmiterea unei adrese semnată cu semnătură electronică extinsă, comisia reiterând conținutul concluziilor ca urmare a verificării răspunsului primit.

Autoritatea contractantă arată că ofertantul ...S.R.L., a atașat răspunsului său următoarele documente:

- Fișa de post director tehnic;
- Extrase din bilanțurile anuale (Formularul F 30 - date informative) de la 31.12.2019 și 30.06.2018;
- Documentul constatator nr. 1704/13.07.2020, emisă de ... S.A.;
- Factura seria TEL19T04 nr. 91 din 20.05.2019, COMPANIA S.A.;
- Adresa nr. 6645/21.05.2021 emisă de S.A.;
- Adresa nr. 36059/30.09.2019 emisă de ...;
- Captură de ecran privind implementarea unui soft CRM;
- Captură de ecran din SEAP privind publicarea documentului constatator nr. AD1026856;
- Situația stocurilor în luna august.

Verificând DUAЕ, precum și răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă de SC ...SRL, comisia de evaluare a constatat următoarele:

Potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude de la procedura de atribuire pe operatorul economic care *„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."

Pe cale de consecință, rezultă că pentru a fi reținută incidența motivului de excludere, trebuie îndeplinite cumulativ următoarele:

- să existe o încălcare gravă a obligațiilor contractuale care să fi condus la încetarea anticipată a contractului, la plata de daune interese sau la aplicarea unor alte sancțiuni comparabile; fie

- să existe încălcări repetate ale obligațiilor contractuale în cadrul unui contract încheiat anterior, încălcări care au condus la încetarea anticipată a contractului, la plata de daune interese sau la aplicarea unor alte sancțiuni comparabile.

Din conținutul certificatelor constatatoare identificate în SEAP, rezultă că operatorul economic vizat nu se încadrează în prima ipoteză descrisă, deoarece încălcările dispozițiilor contractuale nu pot fi considerate grave. Totodată, încălcările dispozițiilor contractuale nu pot fi catalogate ca fiind repetate.

De asemenea, se constată că, ofertantul a adus dovezi, în sensul prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, astfel că, în temeiul dispozițiilor art. 171 alin. (1) și (2) din aceeași act normativ, se constată că SC ...S.R.L., nu se încadrează în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g).

Însă, pentru a se putea edifica asupra incidenței motivelor de excludere, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit celor consemnate în Procesul-verbal nr. 2067/13.09.2021, s-a transmis o nouă solicitare de clarificări către ofertantul ...S.R.L., pentru a răspunde la următoarele:

- să precizeze dacă a formulat plângere prealabilă împotriva certificatului constatator nr. CV 19/PI110/16.04.2020, emis de către Societatea ..., deoarece, potrivit art. 166 alin. (4) din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 *„Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare."* Totodată, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, termenul de soluționare a plângerii prelabile este de 30 de zile;

- respectiv, în cazul unui răspuns afirmativ, să transmită plângerea prealabilă formulată împotriva certificatului constatator CV 19/PI110/16.04.2020 și să precizeze dacă plângerea a fost soluționată până la data primirii solicitării, iar în caz afirmativ, să transmită decizia de soluționare;

- totodată, referitor la certificatele constatatoare nr., emise de, s-a precizat în răspuns că au fost aplicate penalități de întârziere, însă nu au fost transmise dovezile de plată a penalităților sau de stingere a acestora prin alte mijloace prevăzute de lege. Pe cale de consecință, s-a solicitat transmiterea acestor documente.

Potrivit celor consemnate în Procesul-verbal de evaluare nr. 2639/17.11.2021, s-a constatat că ofertantul a răspuns la solicitare în termen, în data de 14.09.2021 ora 13:41, răspunsul fiind semnat cu semnătură electronică extinsă. Ofertantul a transmis alăturat răspunsului său, următoarele documente:

- documentul conținând calculul penalităților de întârziere, înregistrat sub nr. 36059/30.09.2019 de către ...;
- Ordinul de plată nr. 1326/15.10.2019;
- Extras din contabilitate.

În răspunsul transmis, ofertantul precizează următoarele:

„Referitor la documentul constatator nr. CV 19/PI/110/16.04.2020 emis de către ... invocăm faptul că ne-am aflat în imposibilitate obiectivă de îndeplinire a obligațiilor asumate inițial prin contract. Astfel, la data de 13.03.2020 am trimis o adresă prin care am semnalat faptul că în contextul pandemiei am întâmpinat dificultăți în a livra toate produsele ce fac obiectul contractului nr. 06/17.02.2020. Mai exact nu am găsit toate produsele pe stoc la producător motiv pentru care am încercat să identificăm un produs înlocuitor. Produsele marca MyOffice sunt comercializate de un singur operator economic, astfel ca din moment ce acesta nu le-a avut pe stoc (pe motivul încetării producției în contextul pandemiei) nu am avut decât opțiunea de a achiziționa produse înlocuitoare. În plus mai dorim să precizăm că această situație nu a vizat toată marfa livrată. Cartușele pe care le-am găsit pe stoc la producător le-am livrat în perfectă stare. Până la urmă era o situație imprevizibilă și independentă de voința noastră. O situație de imposibilitate fortuită de livrare a anumitor produse din ofertă. Referitor la documentul constatator ... emis de către ... s-a întârziat cu livrarea însă se poate observa că a fost o întârziere minoră, ni s-au aplicat penalități în valoare totală de 390 lei care s-au compensat cu factura noastră de furnizare, conform dovezilor atașate. De asemenea, pentru a nu mai întâmpina situații similare am adoptat o procedură internă nouă, iar produsele ce fac obiectul prezentei proceduri se află pe stoc, așa cum am demonstrat în răspunsul la clarificarea anterioară.”

În urma analizării răspunsului transmis, comisia de evaluare, prin Procesul-verbal de evaluare nr. 2639/17.11.2021, a constatat următoarele:

Prin Secțiunea nr. III.1.1.a) din Fișa de date a achiziției, având titlul „Situația personală a candidatului sau ofertantului” s-a stabilit cerința potrivit căreia „Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu

trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016".

De asemenea, la modalitatea de îndeplinire a cerinței, s-a prevăzut că această cerință se îndeplinește prin completarea DUAЕ.

Verificând DUAЕ completat, s-a constatat că SC ...S.R.L. a declarat că nu se află în motivul de excludere prevăzut de art. 167 din Legea nr. 98/2016, referitoare la abaterile profesionale.

Verificând evidențele publice disponibile pe portalul www.e-licitatie.ro, secțiunea „Documente constatatoare”, cu aplicarea opțiunii privind căutarea situațiilor în care „există prejudicii sau pagube”, au fost găsite 4 asemenea documente constatatoare, a căror existență nu a fost prezentată în DUAЕ.

Ofertantul ...S.R.L. avea obligația de a declara în DUAЕ toate situațiile, inclusiv a celor juridice, existente la momentul completării. Astfel, ofertantul avea obligația să releve autorității contractante faptul că există un număr de 4 documente constatatoare publicate în SEAP, prin care diferite autorități contractante au considerat că a comis o abatere profesională prin modul în care și-a executat obligațiile asumate prin contracte de achiziție publică. În opinia autorității contractante, dacă ofertantul considera că nu se află în situație de excludere, deoarece faptele sale nu ar constitui abateri profesionale, avea obligația să prezinte în DUAЕ existența documentelor constatatoare, pentru ca autoritatea să fie în măsură să activeze mecanismul prevăzut de art. 171 privind solicitarea demonstrării credibilității operatorului economic prin raportare la faptele imputate.

Raportat la această situație, consideră că sunt incidente prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016. Astfel, se constată că ofertantul ...S.R.L. se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu a declarat autorității contractante faptul că în derularea unor contracte de achiziție publică în care a avut calitatea de furnizor, autoritățile contractante au emis documente constatatoare negative pentru modul în care ...S.R.L. și-a onorat obligațiile contractuale. De asemenea, din conținutul documentelor constatatoare negative rezultă că ofertantul ...S.R.L. și-a încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în diferite contracte de achiziție publică.

Potrivit art. 137 alin. (1) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, oferta este considerată inacceptabilă dacă „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.”

Consiliul reține că ofertanta contestatoare nu neagă existența documentelor constatatoare negative, după cum nu neagă nici bifarea „Nu” în cadrul DUAЕ, la secțiunea “C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ,

CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE", arătând că abaterile nu sunt unele grave.

În răspunsul la solicitările de clarificări, cu privire la existența acestor documente, contestatoarea minimizează importanța lor, arătând că a plătit penalitățile, invocând situația pandemică dar și faptul că i s-a reținut garanția de participare, potrivit Documentului constatator nr. 7/013842/19.09.2021, deoarece nu a constituit garanția de bună-execuție aferentă contractului ... încheiat cu S.A. Astfel, operatorul consideră că și-a achitat obligațiile și că nu se încadrează în situațiile de excludere.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă are o marjă de apreciere largă în ceea ce privește selectarea operatorilor economici. Astfel, contrar susținerilor contestatoarei, că în ceea ce privește incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia un operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul respectiv poate să fie/să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, aceste dovezi referindu-se, printre altele, 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. În acest sens, se apreciază că autoritatea contractantă care va organiza procedura de atribuire, la care operatorul economic în discuție dorește să participe, **este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate, dacă este cazul, și să decidă în consecință.**

Astfel, Consiliul reține relevanța în cauză a următoarelor dispoziții legale:

- Art. 167 din Legea nr. 98/2016: (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

g) 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, 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;

-Art. 171 din același act normativ: (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile [alin. \(1\)](#) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor [alin. \(1\)](#), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile [alin. \(3\)](#), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la [alin. \(3¹\)](#) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile [alin. \(1\)](#) - [\(3\)](#) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la [art. 164](#), a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la [art. 167](#), a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

-art. 57 alin. 4 lit. c) și alin. (5) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, care stipulează:

„(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(c) **dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;**

(5) în orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, f/e înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4).”

Consiliul reține că autoritatea contractantă a verificat incidența motivului de excludere în baza documentelor constatatoare, reținând faptul că abaterile profesionale sunt unele repetate, că de la momentul săvârșirii nu au trecut 3 ani, că aceste încălcări au condus la nesemnarea contractului și că documentele nu au fost declarate în DUA. Astfel, nu prezintă niciun fel de relevanță dacă în documentul constatator emis de CNAIR sunt stabilite sau nu prejudicii, abaterile reținute în sarcina contestatoarei fiind grave și în opinia Consiliului.

Potrivit dispozițiilor legale incidente, **autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 164, 167 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii. Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din fiecare speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.**

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a practicii **CJUE C-41/18 ...**, unde Curtea decide că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia introducerea unei acțiuni în justiție împotriva deciziei de reziliere a unui contract de achiziții publice luate de o autoritate contractantă ca urmare a unor deficiențe semnificative survenite în timpul executării sale împiedică autoritatea contractantă care lansează o nouă cerere de ofertă să facă vreo apreciere, în faza de selecție a ofertanților, cu privire la fiabilitatea operatorului vizat de această reziliere.

*"34 Astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.***

38. Astfel, puterea de apreciere pe care articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 o conferă autorității contractante este paralizată prin simplul fapt al introducerii de către un candidat sau un ofertant a unei acțiuni îndreptate împotriva rezilierii unui contract anterior de achiziții publice al cărui semnatar era, chiar dacă comportamentul său a părut suficient de deficient pentru a justifica această reziliere.

40. Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57 alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă, urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic trebuie să dovedească că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația, și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri".

Astfel, din conținutul răspunsurilor la solicitările de clarificări și chiar din conținutul contestației, nu rezultă că operatorul respectiv a înțeles motivele pentru care au fost emise actele constatatoare, luând măsuri ca acestea să nu se mai producă. Dimpotrivă, apărările sale sunt

în sensul că nu există prejudiciu cuantificat, că nu există abateri grave sau că le-a acoperit prin plata penalităților și reținerea garanției de participare.

Așa cum rezultă din prevederile legale citate mai sus, autoritatea contractantă are un drept de apreciere asupra situației de fapt, or aceasta a solicitat clarificări și a motivat pertinent și concludent decizia de respingere a ofertei, răspunsurile date de operator nefiind în măsură să dovedească credibilitatea.

Consiliul mai reține relevanța în speță și a cauzei CJUE C-267/18, unde Curtea a reținut că **„legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității competente și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică. Această posibilitate de care dispune o autoritate contractantă este menită să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea ofertantului.** Pentru ca o neregulă să justifice rezilierea unui contract, aceasta trebuie, potrivit principiului proporționalității, să fie suficient de gravă. O autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat, din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, că un operator este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente în îndeplinirea unei cerințe de fond ce îi revenea în cadrul contractului. Îi revine 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 și având în vedere principiul proporționalității, dacă operatorul este 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”.

Cum în cauză, autoritatea a verificat diligent toate informațiile furnizate de contestatoare, Consiliul reține că aceasta și-a exercitat dreptul de apreciere corect, în limitele legii, prin urmare, criticile referitoare la respingerea ofertei asocierii vor fi respinse.

Chiar dacă pentru 3 dintre documentele depuse nu există vătămări grave, în ceea ce privește documentul emis de, explicațiile operatorului *„Referitor la documentul constatator emis de către după cum reiese din document ne-au fost solicitate documentele justificative DUAE, am răspuns la aceea clarificare însă ulterior am constatat că suntem în imposibilitate de a mai finaliza livrarea, motiv pentru care nu am mai constituit garanția de bună-execuție și a fost desemnat câștigător operatorul economic clasat pe locul 2, care ar fi câștigat și în ipoteza în care societatea noastră nu ar fi răspuns la*

clarificarea cu transmiterea documentelor doveditoare DUAE. În orice caz ne-a fost reținută garanția de participare”, demonstrează că acesta nu a înțeles gravitatea comportamentului său, considerând că reținerea garanției de participare îl absolvă de orice răspundere.

Ori, desfășurarea unei proceduri de atribuire trebuie să conducă la semnarea contractului, operatorii asumându-și acest risc atunci când participă. Nu există nicio prevedere legală din care să rezulte că sancționarea specific a unui operator îl absolve de aplicarea prevederilor art. 164 și 167 din Legea nr. 98/2016. Mai mult decât atât, operatorul nu a fost sincer în declarațiile sale, simpla nementiune a celor 4 certificate reprezentând motiv de excludere a ofertantului.

Consiliul reține, în acest sens, și Decizia nr. a Curții de Apel București, în care se oferă următoarele argumente:

„Acest text de lege (notă: art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016) nuanțează clauza de excludere prev. la art. 167 alin. (1) lit. g, dar nu sunt aplicabile în cauză, deoarece, așa cum în mod corect a susținut petenta, înainte de analizarea proporționalității măsurii de excludere dintr-o procedură de achiziții publice a unui ofertant, (..) **trebuie analizată credibilitatea acestuia, ori în cauză, intimata nu a declarat cu ocazia competenței DUAE că deține un astfel de document emis împotriva sa, deși întrebările din acest formular sunt fără echivoc.** (...)

Dacă ar fi completat câmpul corespunzător răspunsului DA, DUAE ar fi generat alt câmp în care ofertantul ar fi putut oferi explicații pertinente autorității contractante, astfel încât aceasta, în temeiul art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 (care permite operatorilor ca și în cazul existenței motivelor de excludere să ofere dovezi care să arate că măsurile luate de aceștia sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere) să facă propriul examen al incidenței cazului de excludere. S nu a procedat în acest mod, ci a bifat câmpul corespunzător răspunsului NU, motiv pentru care autoritatea nu a avut posibilitatea să afle despre existența rezilierii anterioare, care în cauză este dovedită prin existența certificatului constatator.(...)

În aceste circumstanțe, autoritatea contractantă nu poate face analiza proporționalității și decide dacă se impune aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 atâta vreme cât nu a cunoscut această împrejurare(...)

Pe de altă parte, Curtea constată că intimata S se află și în motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, care se referă la împrejurarea că 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, prin nedeclararea la momentul completării DUAЕ a documentului constatator negativ(...)”.

Prin urmare, Consiliul reține că neconstituirea garanției de bună execuție și reținerea garanției de participare se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în urma participării la o procedură, nesemnarea contractului neputând fi interpretată ca un act în favoarea sa, respingerea ofertei fiind justificată. Această situație face dovada lipsei de seriozitate a ofertantului, acesta asumându-și angajamente pe care nu le poate onora.

Față de cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

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, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, 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.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

Redactată în 4 exemplare, conține 13 (treisprezece) pagini