

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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 299/02.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... SRL - ... A.S., cu sediul în satul ..., și adresa de corespondență în municipiul ..., având CUI ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de administrator ..., împotriva raportului procedurii nr. 104967 din 06.04.2023, precum și a comunicării rezultatului procedurii din data de 19.04.2023, documente emise de către ... S.A., cu sediul în municipiul ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect **„Contoare monofazate de energie electrică activă”**, cod CPV 38554000-3, **anunț de participare ...**, s-au solicitat următoarele:

„- Admiterea prezentei contestații;

- Obligarea Autorității contractante la anularea deciziei de respingere a ofertei subscrisei și de declarare drept admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de către ... S.A.;

- Obligarea Autorității contractante la reevaluarea acestora și la continuarea procedurii în conformitate cu prevederile legale în vigoare aplicabile în materia achizițiilor publice, precum și cu respectarea principiilor consacrate de art. 2 al Legii nr. 99/2016.

- În subsidiar, în situația în care se va aprecia că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere și / sau că nu există nicio ofertă admisibilă, să obligați Autoritatea contractantă la anularea procedurii”.

Prin cererea de intervenție în interesul entității contractante, nr. 455/11.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., formulată de către ... SA, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin director general ..., în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și alin. (4) din Legea nr. 101/2016, cu referire la contestația ... SRL, s-au solicitat Consiliului următoarele:

„- să admiteți prezenta cerere de intervenție

- să respingeți contestația formulată de către ... S.R.L. ca neîntemeiată

- să mențineți ca temeinică și legală decizia entității contractante de declarare drept câștigătoare a ofertei subscrisei”.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Cu titlu preliminar, justificându-și interesul în formularea contestației, ... SRL invocă prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, și arată că oferta pe care a depus-o în cadrul procedurii de atribuire a fost respinsă, sens în care detaliază prin raportare la jurisprudența instanțelor naționale și a CNSC.

Prezentând situația de fapt, contestatorul menționează că în data de 19.04.2022, prin intermediul SEAP, i-au fost comunicate documentele referitoare la respingerea ofertei sale, respectiv adresa de comunicare a rezultatului și raportul procedurii nr. 104967/06.04.2023, deși inițial oferta se clasase pe primul loc, fiind exclusă pe motive menționate în procesul verbal nr. 84137 din 21.03.2023.

Precizează că, în data de 24.04.2022, i-a solicitat entității contractante acces la dosarul achiziției sectoriale, solicitare la care aceasta a răspuns în 25.04.2022, prin adresa nr. DEER_PL/120479/25.04.2023, invitând-o la sediul său în data de 26.04.2023, când i-a permis studierea dosarului achiziției sectoriale, dar nu și fotocopierea documentelor studiate.

Pe fond, ... SRL prezintă următoarele critici:

I. Decizia entității contractante de excludere a ofertei sale în temeiul prevederilor art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 a fost nelegală.

În acest sens, contestatorul redă din raportul procedurii aspectele consemnate la punctul 2.4.7., respectiv verificarea documentelor suport DUAЕ, apreciind că excluderea ofertei sale în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 este neîntemeiată, deoarece a răspuns la solicitările ce i-au transmise prin adresele nr. 14199/16.01.2023 și nr. 48159/16.02.2023, și a transmis toate documentele și dovezile solicitate, sens în care enumeră.

Mai arată că, în raportul procedurii anterior indicat, entitatea contractantă a omis să precizeze, în mod clar, care sunt declarațiile false în conținutul informațiilor transmise de societatea sa în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție. De asemenea, entitatea contractantă a omis să precizeze care ar fi fost informațiile solicitate ce nu au fost prezentate de către societatea sa în cadrul acestei proceduri de atribuire.

Referindu-se la adresa nr. 48159/16.02.2023, în care entitatea contractantă a precizat că „Lipsa oricărei mențiuni cu privire la rezilierea Acordului-Cadru și a Contractului Subsecvent poate conduce la excluderea MPS ca urmare a includerii unor declarații false (în speță, incomplete) în conținutul informațiilor transmise către ... în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție”, contestatorul arată că a furnizat note explicative cu privire conduita contractuală în cadrul acordului-cadru nr 255/12.04.2019 și a contractului subsecvent nr. 260/15.04.2019, conduita care a condus la rezilierea acestora, și a revizuit DUAE conform celor menționate. În acest sens, invocă prevederile art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016 și redă fragmente din notele explicative.

Cu privire la existența documentului constatator nr. 4670/29.04.2020, emis în legătură cu acordul - cadru nr. 255/12.04.2019 și contractul subsecvent nr. 260/15.04.2019, pentru care comisia de evaluare a efectuat verificările (conform procesului verbal nr. 84137/21.03.2023), contestatorul susține că actul constatator a rămas fără efecte ca urmare a expirării termenului până la care acesta era susceptibil de a constata o încălcare de către societatea sa a obligațiilor contractuale într-un proiect de „*achiziție publică*”.

Totodată, învederează că documentul constatator nr. 4670/29.04.2020 a fost anulat chiar de către entitatea contractantă, aspect ce i-a fost notificat de către un reprezentant al acesteia pe data de 22.06.2022.

Astfel, contestatorul subliniază că orice clarificări cu privire la emiterea acestui document constatator rămân fără obiect în prezenta procedură, iar respingerea ofertei sale, clasată pe primul loc, pentru aceste considerente, este neîntemeiată, sens în care invocă dispozițiile art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, pe care le redă.

De asemenea, contestatorul arată că în data de 20.03.2020 societatea sa a recepționat notificarea de reziliere a contractului subsecvent nr. 260/15.04.2019 și a acordului-cadru nr. 255/12.04.2019, iar verificările consemnate în procesul-verbal nr. 84137/21.03.2023 nu pot să aibă în vedere situațiile și faptele pentru care s-a emis acest document constatator, având în vedere că sunt îndeplinite condițiile

prevăzute la art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, de la data la care s-au produs faptele relevante a trecut o perioadă de 3 ani.

II. Susținând că decizia entității contractante de declarare drept câștigătoare a ofertei ... SA este nelegală, aceasta trebuind respinsă ca inacceptabilă și neconformă, contestatorul prezintă următoarele argumente:

A. Cu privire la inacceptabilitatea ofertei ... SA, contestatorul subliniază caracterul obligatoriu al documentației de atribuire și invocă prevederile art. 88 din Legea nr. 99/2016, împreună cu cerința fișei de date referitoare la completarea DUAЕ.

Arată că, în cadrul DUAЕ, la capitolul C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, societatea ... SA a răspuns „NU” la întrebarea „Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”, precum și la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?”, deși pentru această societate a fost emisă de către Consiliul Concurenței decizia nr. 77/20.12.2017 privind constatarea încălcării prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, decizie publicată pe site-ul instituției. În acest sens, contestatorul redă fragmente din document.

Totodată, precizează că ... SA a exercitat calea de atac împotriva acestei decizii a Consiliului Concurenței, iar prin hotărârea nr. 324/2021, pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. .../2/2018, instanța a decis *„Anulează în parte Decizia Consiliului Concurenței nr. 77/20.12.2017, exclusiv în privința sancțiunii și a modului de individualizare a acesteia”*.

În acest context, contestatorul susține că ... SA avea obligația de a declara în DUAЕ faptele anticoncurențiale săvârșite, încadrabile în noțiunea de „abateri profesionale grave”, iar societatea se face *„vinovată de declarații false”*, sens în care se raportează la cele consemnate în decizia nr. 77/20.12.2017 a Consiliului Concurenței.

Cu privire la obligativitatea operatorilor economici de a declara în DUAЕ încălcări chiar și în situația în care au expirat cei 3 ani de la săvârșirea faptelor, contestatorul redă din jurisprudența CNSC.

Referindu-se la decizia nr. 77/20.12.2017 a Consiliului Concurenței, contestatorul precizează că este validă și produce efecte inclusiv în prezent, declararea sa în DUAE fiind absolut obligatorie, iar ... SA se vinovată de:

- comiterea unei abateri profesionale grave care îi pune în discuție integritatea;
- prezentarea unor declarații false în cuprinsul DUAE;
- încercarea de a influența în mod nelegal procesul decizional al entității contractante prin furnizarea unor informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea din procedura de atribuire.

Astfel, contestatorul apreciază că entitatea contractantă nu a efectuat o evaluare din perspectiva aspectelor anterior prezentate, iar din cauza completării în fals a DUAE de către ... SA, nici această societate, și nici entitatea contractantă, nu mai pot să invoce exercitarea dreptului pe care legislația în vigoare îl conferă participanților corecți la proceduri de „achiziție publică”, de a prezenta explicații privitoare la culpa anterior constatată. Dacă s-ar admite contrariul, ar rămâne nesancționată tocmai încălcarea obligației, iar declararea în fals nu ar produce nicio consecință legală.

... SRL susține că, în situația în care se va aprecia că societatea sa a prezentat declarații false în cuprinsul DUAE, pentru identitate de rațiune, în temeiul considerentelor anterior prezentate, de același tratament trebuie să beneficieze și ... SA, ofertantul declarat câștigător.

Raportându-se la informații publicate pe site-ul Consiliului Concurenței referitoare la ... SA, contestatorul apreciază că expirarea termenului de 3 ani de la data deciziei autorității naționale de concurență nu echivalează cu lipsa obligației de a declara în DUAE respectiva abatere gravă, instanțele de judecată statuând faptul că obligativitatea declarării este incidentă fără a ține cont de perioadă.

Cu privire la obligativitatea excluderii din procedura de atribuire a ofertanților vinovați de declarații false în conținutul informațiilor transmise entității contractante, contestatorul redă ample fragmente din jurisprudența CNSC și a instanțelor naționale.

B. Susținând neconformitatea ofertei ... SA, contestatorul arată că această societate a oferat un produs fabricat de Sanxing China, tipul **SX300**, dar acesta nu îndeplinește următoarele cerințe ale caietului de sarcini, pe care le redă:

- cerința de la punctul 12.3.3, deoarece produsul oferat nu poate afișa pe ecranul LCD codul obit cu 3 caractere, ci doar cu două caractere, drept urmare produsul este neconform;
- cerința de la punctul 11.1.5, întrucât produsul oferat conține doar un șurub de fixare a carcaselor, iar materialul utilizat nu permite

aplicarea unui procedeu de sudură ultrasonică, orice alt procedeu, sau soluție de lipire, nefiind garantată pentru o durată minimă de 15 ani, drept urmare produsul este neconform;

- cerința de la punctul 11.1.10, deoarece produsul oferat nu conține un sigiliu specific care prin distrugere sau deschiderea carcasei, acesta să nu mai poată fi adus la starea inițială, urmele de acces autorizat în interiorul mijlocului de măsurare fiind evidente;

- cerința de la punctul 11.3.1, deoarece produsul oferat prevede capac opac, iar înlocuirea capacului opac cu unul transparent ar presupune re aprobarea produsului de către organismul notificat ce a aprobat inițial produsul, sau orice alt organism cu competențe de completare a documentului emis inițial pentru aprobarea produsului.

Cu privire la aceste aspecte, contestatorul subliniază caracterul definitiv al documentației de atribuire și invocă prevederile art. 129 din H.G. nr. 394/2016 cu referire la elaborarea ofertei, iar în ceea ce privește evaluarea ofertelor, se raportează la dispozițiile art. 143 alin. (1) și (2), lit. b) din același act normativ.

Referindu-se la considerentele deja prezentate, contestatorul invocă dispozițiile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, și subliniază că reevaluarea ofertei ... SA ar trebui să se efectueze fără a-i mai fi solicitate clarificări, sens în care citează din jurisprudența Curții de Apel Craiova.

În concluzie ... SRL solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept au fost invocate dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, iar în probațiune au fost solicitate și depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. ..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-s solicitat ... SRL să transmită la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în cuantumul legal, iar în temeiul art. 10, adresa de comunicare a rezultatului procedurii din 19.04.2023, document indicat în contestație, precum și dovada datei recepționării acestei adrese și a raportului procedurii nr. 104967/06.04.2023.

Ca răspuns la aceste solicitări, prin adresa nr. 318/05.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., contestatorul a menționat că a fost

informat despre rezultatul procedurii de atribuire, prin intermediul SEAP, în data de 19.04.2023, a depus dovezi în acest sens, precum și raportul procedurii nr. 104967/06.04.2023.

Prin adresa nr. 134226/08.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 18 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, entitatea contractantă ... S.A. a transmis punct de vedere cu privire la contestația ... SRL, solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

Argumentând, organizatoarea procedurii prezintă contestația formulată împotriva documentației de atribuire, precum și operatorii economici ce au depus oferte.

Menționează că oferta a fost depusă de către ..., nu de către Asocieria ...-... A.S. ce a fost indicată în prima pagină a contestației.

Entitatea contractantă precizează că în etapa de evaluare a ofertelor a întocmit Procesul verbal privind evaluarea garanției de participare nr. 306922 din 15.11.2022, Procesul - verbal nr. 341726 din 16.12.2022 privind evaluarea informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și Procesul - verbal nr. 344445 din 20.12.2022 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare.

După stabilirea ofertelor tehnice admisibile, a procedat la completarea în SEAP a punctajului tehnic pentru fiecare ofertant și descărcarea ofertelor financiare, evaluarea fiind consemnată în Procesul - verbal nr. 141197 din 16.01.2023 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice.

Entitatea contractantă arată că, după stabilirea clasamentului, i-a solicitat primul clasat, ... SRL, prin adresa nr. 14199 din 16.01.2023, cu termen de răspuns 19.01.2023, următoarele: „Declarații pe proprie răspundere că ofertantul nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere ale art. 177, 178 și 180 din Legea 99/2016 actualizată și totodată documentul DUAЕ revizuit având în vedere Hotărârea 1344/2022 din 15.12.2022 a Curții de Apel Cluj, cu referire la cele completate în documentul DUAЕ depus la procedura mai sus menționată”.

Precizează că ulterior datei de 19.01.2023, a intrat în posesia documentului înregistrat la DEER sub nr. 18768 din 19.01.2023 - „COMUNICARE HOTĂRÂRE CIVILĂ nr. 1344/2022 din data de 15 decembrie 2022”.

Urmare a modificărilor structurale și organizatorice survenite în cadrul DEER la data de 01.02.2023, a apărut necesitatea înlocuirii deciziei nr. DA_981 din data de 03.11.2022 cu decizia nr. DA_109 din 07.02.2023, mai precizează entitatea contractantă.

Întrucât răspunsul la solicitarea anterioară nu a fost concludent, entitatea contractantă susține că a dat dovada de diligență și a formulat o nouă solicitare prin adresa nr. 48159 din 16.02.2023, cu termen de răspuns 20.02.2023, și solicitarea DEER nr. 54070 din 22.02.2023, cu termen de răspuns 23.02.2023, privind documentul lipsă (Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 180 din Legea 99/2016, documentul solicitat, datat 20.02.2023, însoțit prin semnătură și stampilă fiind comunicat.

După analiza răspunsurilor primite din partea contestatorului și a documentelor conexe, comisia de evaluare a întocmit procesul-verbal nr. 84137 din 21.03.2023 privind evaluarea documentelor - suport depuse de candidate/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, ofertantul ... SRL fiind exclus din procedură în temeiul art. 180 alin. (1), lit. h) din Legea nr. 99/2016, arată entitatea contractantă.

Mai arată că a solicitat documente justificative DUAE de la ofertantul clasat pe următorul loc și a întocmit procesul-verbal nr. 104962 din 06.04.2023 privind evaluarea documentelor - suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE.

Menționează că raportul procedurii nr. 104967 din 06.04.2023, aprobat la data de 13.04.2023, a fost încărcat în SEAP în data de 19.04.2023, odată cu cele două comunicări ale rezultatului procedurii.

Susținând acceptabilitatea ofertei ... SA, organizatoarea procedurii arată că produsul ofertat de această societate este contor tip **SX100**, nu cel indicat în contestație, respectiv SX300.

Referindu-se la contestația ... SRL, entitatea contractantă arată că își menține punctul de vedere cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, deoarece societatea trebuia să declare că a fost anterior într-o situație de încetare anticipată a unu contract de achiziție.

Precizează că ofertantul avea cunoștință de documentul constatat negativ, deoarece acțiunea prin care solicitase anularea acestui document fusese respinsă de instanțele de judecată.

Indiferent dacă abaterile au fost sau nu grave, sau repetate, faptul că ... SRL s-a aflat chiar cu entitatea contractantă într-un contract reziliat, trebuia declarat, având în vedere existența unei cerințe exprese

În acest sens, subliniază organizatoarea procedurii, precizând că, în speță, au fost îndeplinite condițiile de excludere din procedură în temeiul art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

În concluzie, ... S.A. solicită respingerea contestației ... SRL ca neîntemeiată.

În probațiune au fost solicitate înscrisuri.

Dovada comunicării acestui document către contestatoare a fost atașată.

Prin adresa nr. 134283/08.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., respectiv adresa nr. 134839/15.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., entitatea contractantă a transmis, în copie certificată, documente din dosarul achiziției sectoriale.

Având în vedere recipisa de consemnare nr. 209119185/1 din 05.05.2023, în sumă de 137.520,00 lei, depusă de contestator prin adresa nr. 319/05.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., precum și valoarea estimată a contractului de urmează a fi atribuit, de 7.500.000,00 lei, fără TVA, în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. ..., Consiliul i-a solicitat acestuia să transmită la dosarul cauzei, în termenul prevăzut de lege, dovada completării cauțiunii cu suma de 12.480 lei, cuantumului prevăzut de dispozițiile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din actul normativ anterior indicat fiind de 150.000 lei.

Prin cererea de intervenție în interesul entității contractante, nr. 455/11.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și alin. (4) din Legea nr. 101/2016, cu referire la contestația ... SRL, ... SA a solicitat cele redată în partea introductivă.

Argumentând admisibilitatea cererii de intervenție, ... SA arată că oferta sa a fost declarată câștigătoare.

În cea ce privește motivele pentru care contestație trebuie respinsă, intervenientul arată următoarele:

A. Oferta contestatorului a fost exclusă din procedură în mod întemeiat, deoarece în formularul DUAЕ, în secțiunea ce viza motivele de excludere, societatea nu a completat răspunsul „NU” la întrebarea *„dacă s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior a încetat anticipat sau au fost impuse daune- interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract”*, deși în cursul anului 2020 a fost avut loc rezilierea unui contract încheiat de aceasta cu entitatea contractantă, din motive imputabile ... SRL.

În acest context, intervenientul consideră că sunt incidente prevederile art. 180, art. 182 și art. 184 din Legea nr. 99/2016, precum și cele ale art. 138 și art. 143 din H.G. nr. 394/2016. Totodată, arată că este relevantă și Notificarea ANAP din 18.06.2021 cu privire la situația similară de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Astfel, subliniază că ofertanții aveau obligația de a declara în DUAЕ toate încetările anticipate ale unor contracte de achiziții publice anterioare (care nu sunt mai vechi de 3 ani, astfel cum prevede art. 184 alin. 5), pentru ca, în funcție de toate particularitățile acestora, entitatea contractantă să poată decide dacă aceștia se află sau nu sub incidența motivului de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, fiind prerogativa acesteia să facă o analiză proprie a circumstanțelor care au dus la rezilierile anterioare.

Intervenientul apreciază că ... SRL avea obligația, clară și expresă, de a declara existența acestei încetări și de a-și asuma obligația să furnizeze entității contractante dovezi care să ateste că măsurile corective pe care le-a luat sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului anterior.

Din cauză că acest ofertant făcut afirmații false și a ascuns informații față de entitatea contractantă, a devenit incident motivul de excludere de la lit. h) a art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, conchide intervenientul.

În combaterea criticii potrivit căreia excluderea nu putea avea loc, deoarece au trecut mai mult de 3 ani de la faptele relevante, intervenientul arată că rezilierea contractului i-a fost notificată contestatorului la data de 20.03.2020, iar documentul constatator a fost emis la data de 29.04.2020. Raportat la data depunerii ofertei (inclusiv a formularului DUAЕ), respectiv 14.12.2022, chiar și la datele la care entitatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la acest aspect (15.01.2023 și 16.02.2023), nu era împlinit termenul de 3 ani prevăzut de art. 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, astfel încât subzista obligația ... SRL de a declara o asemenea faptă.

Menționează că acest aspect, respectiv obligația contestatorului de a declara încetarea anticipată a unui contract, a fost analizat de CNSC, în anul 2022, în cadrul mai multor dosare, sens în care exemplifică.

B. Susținând că, în mod legal, oferta societății sale a fost declarată câștigătoare, intervenientul prezintă următoarele argumente:

a. Cu privire la faptul că nu a declarat în DUAЕ o abatere profesională gravă determinată de emiterea de către Consiliul

Concurenței a deciziei nr. 77/2017 privind încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, precizează că nu au fost epuizate căile de atac, deoarece decizia pronunțată în dosarul nr. .../2/2018 a fost atacată cu recurs, care nu a fost soluționat până la acest moment.

Consideră că nu este relevant acest aspect, întrucât decizia a fost emisă de Consiliul Concurenței în cursul anului 2017, deci cu aproximativ 5 ani în urmă față de data depunerii ofertei, sens în care se raportează la prevederile art. 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

Intervenientul susține că, după expirarea perioadei de 3 ani de la data producerii faptei, nu mai subzistă situația de excludere în discuție, așadar nu se justifică nici declararea acesteia în cadrul DUAЕ, sens în care detaliază.

b. Referindu-se la celelalte motive invocate de către contestator, respectiv neconformitatea ofertei ... SA, intervenientul consideră că acestea sunt simple alegații și trebuie respinse.

Menționează că oferta tehnică a societății sale nu a fost analizată de către contestator, deoarece a fost declarată și probată ca fiind confidențială, astfel că motivele cu privire la neconformitatea produsului ofertat sunt doar speculații și presupuneri.

Arată că entitatea contractantă a realizat analiza ofertei societății sale prin raportare la cerințele din caietul de sarcini și a constatat, în mod corect, conformitatea acesteia.

În concluzie, ... SA solicită respingerea contestației ... SRL și menținerea deciziilor entității contractante.

În probațiune atașează jurisprudență pe care o consideră relevantă.

Prin adresa nr. 351/18.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SRL a formulat concluzii scrise prin care a răspuns la punctul de vedere al entității contractante și la cererea de intervenție a ... SA.

În cadrul documentului, în combaterea susținerilor entității contractante, arată că aceasta nu a indicat, în mod clar, care sunt declarațiile false ale societății sale, sens în care menționează că rezilierea contractului subsecvent nr. 260/15.04.2019 a fost declarată la pag. 5 a formularului DUAЕ ce a fost generat la data de 14.11.2022, ora 10:39.

Menționează că a răspuns solicitărilor entității contractante ce i-au fost transmise prin adresele nr. 14199/16.01.2023 și nr. 48159/16.02.2023, iar excluderea ofertei sale pentru motivele prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 este neîntemeiată.

Arată că documentul constatator nr. 4670/29.04.2020 a rămas fără efecte, deoarece termenul de 3 ani ce viza încălcarea obligațiilor contractuale s-a împlinit la 20.03.2023, iar acest document constatator a fost anulat de către entitatea contractantă, aspect ce i-a fost notificat în data de 22.06.2022.

Cu referire la cererea de intervenție formulată de către ... SA, contestatorul menționează că, deși decizia Consiliului Concurenței nr. 77/2017 a constatat o abatere a acestei societății, ce exista începând cu data de 20.12.2017, ofertantul nu a declarat acest motiv de excludere în proceduri derulate în termenul de 3 ani de la data sancționării.

În ceea ce privește acceptabilitatea ofertei ... SA, contestatorul arată că își menține criticile deja prezentate.

Referitor la neconformitatea ofertei ... SA, raportându-se la precizarea entității contractante cu privire la produsul oferat, respectiv tip SX100, nu tip SX 300, ... SRL arată că, dintr-o eroare de redactare, în contestație a indicat produsul SX300, dar criticile pe care le-a prezentat se referă la specificațiile produsului SX100.

Detaliind, în ceea ce privește produsul SX100, reia neconformitățile prezentate în cadrul contestației și prezintă informații ce se regăsesc pe internet, precum și aspecte consemnate în documente de evaluare întocmite în alte proceduri de achiziții sectoriale.

În concluzie, ... SRL solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Dovada comunicării documentului către entitatea contractantă și către intervenient a fost atașată.

Prin adresa nr. 352/18.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatorul ... SRL a solicitat Consiliului accesul la dosarul cauzei.

Având în vedere data publicării contestației în SEAP (02.05.2023, ora 16:16), în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. ..., Consiliul i-a solicitat ... SA să transmită la dosarul cauzei dovada comunicării cererii de intervenție către părți în termenul prevăzut la art. 17 alin. (4) din același act normativ.

Prin adresa nr. ..., în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat ... SA să indice temeiul juridic al încadrării înscrisurilor din cadrul ofertei menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și

prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Ca răspuns la această ultimă solicitare a Consiliului, prin adresele nr. 27/23.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ... și nr. 28/24.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SA a transmis la dosarul cauzei argumente și înscrisuri referitoare la caracterul confidențial al documentelor din cadrul ofertei sale.

Prin adresa nr. 26/23.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., intervenientul a înaintat la dosarul cauzei dovada comunicării cererii de intervenție către părți în data de 11.05.2023.

Urmare a solicitării contestatorului, prin adresa nr. ..., Consiliul i-a transmis invitația de a studia dosarul cauzei, sens în care reprezentantul societății s-a prezentat la sediul CNSC în data de 25.05.2023, a studiat dosarul, și a obținut fotocopiile solicitate.

Prin Nota încheiată în data de 31.05.2023, în temeiul dispozițiilor art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a decis prelungirea termenului de soluționare a dosarului nr. ... cu 10 zile, despre această măsură fiind informată și entitatea contractantă prin adresa cu nr.

Prin adresa nr. 402/06.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., în urma studierii dosarului cauzei, ... SRL a transmis concluzii scrise.

Prin intermediul documentului, petentul reia solicitările din cadrul contestației, prezentând, în justificare, extrase ale documentelor studiate și informații cuprinse în acestea.

Ca răspuns la solicitările Consiliului, prin adresa nr. 319/05.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SRL a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209119185/1 din 05.05.2023, eliberată de ..., în cuantum de 137.520,00 lei, iar prin adresa nr. 3331/09.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209127675/1 din 09.05.2023, eliberată de ..., în cuantum de 12.480,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

Consiliul constată următoarele:

... S.A., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect *„Contoare monofazate de energie electrică activă”*, cod CPV 38554000-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ..., conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 7.500.000 lei, fără TVA.

Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este *„cel mai bun raport calitate – preț”*, având următorii factori de evaluare:

- *„prețul ofertei”* – pondere 85 %;
- *„propunerea tehnică”* – pondere 15 %.

În cauza care formează obiectul prezentei, ... SA a depus cererea de intervenție voluntară (*transmisă la Consiliu, pe cale electronică, prin e-mail, în data de **11.05.2023***), înregistrată la CNSC cu nr. ... (*pag. 000126, vol. 1/3 al dosarului cauzei*), care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că „*Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de **10 zile** de la data publicării în SEAP a contestației. (...)*”, și având în vedere faptul că, la data de **02.05.2023**, entitatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul „*[.../00066] Contestație MPS nr. 299 din 02.05.2023-inreg sub nr. 128240.pdf.p7s*”, contestația formulată de ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... SRL - ... AS, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

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, 65 și 67 din c.p.c. dar și faptul că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... SA are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de ... SA, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de ... SRL.

Prin declarația de confidențialitate (*pag. 236, vol. 3/3 al dosarului cauzei*), ... SA menționează că: „*(...) părțile/informațiile din Propunerea Tehnică și din Propunerea Financiară prezentate mai jos au caracter confidențial pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală. (...)*”

Având în vedere aceste aspecte, coroborat cu solicitările contestatorului, și ținând cont de prevederile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispun în mod expres și imperativ faptul că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”, Consiliul a solicitat ... SA, prin adresa nr. ... (pag. 000254, vol. 1/3 al dosarului cauzei), să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al acestora și prejudiciul adus ca urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor legale anterior citate în paragraf.

La această solicitare, ... SA a răspuns prin adresa nr. 27/23.05.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. ... (pag. 000258, vol. 1/3 al dosarului cauzei), în care precizează următoarele:

„(...) ca răspuns la adresa nr. ... (...) vă transmitem declarația de confidențialitate a informațiilor, document care a fost depus în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, așa cum am precizat și în declarația de confidențialitate, în cadrul propunerii tehnice am prezentat soluția proprie care răspunde cerințelor din Caietul de Sarcini, creată de subscrisa în baza experienței proprii și care înglobează know-how-ul acumulat în peste 30 de ani în activitate în domeniul energetic. (...)

În ceea ce privește propunerea financiară, elementele din cadrul acesteia declarate ca fiind confidențiale, conțin informații care privesc modul în care subscrisa ne-am construit oferta financiară, urmărind eficientizarea fiecărei operațiuni pentru a putea furniza o ofertă care să corespundă din punct de vedere tehnic cu cerințele caietului de sarcini, dar care să fie și competitivă din punct de vedere financiar. (...)

Considerăm că informațiile cuprinse în propunerea tehnică și cea comercială se circumscriu secretelor comerciale astfel cum sunt acestea definite de Legea nr. 11/1991 și ca atare trebuie să beneficieze de protecția cuvenită.

În final, precizăm că accesul altor operatori economici (în special a celor care activează în același domeniu de activitate și care ne sunt practic concurenți) la informațiile indicate ca fiind confidențiale din propunerea noastră tehnică și financiară, ne-ar prejudicia interesul legitim de a ne menține secrete informațiile (...).

În concluzie, vă rugăm să dispuneți menținerea confidențialității documentelor declarate de subscrisa ca fiind confidențiale pentru motivele mai sus menționate.”

La acest răspuns cu un conținut generalist, ofertantul în cauză nu a administrat nici un mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

În acest context, Consiliul subliniază că, în cadrul Hotărârii din 14 februarie 2008, CJUE s-a pronunțat în cauza **C-450/06 (ale cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele din statele membre)**, astfel:

*„55. (...) **Este de competența acestui organism (responsabil cu procedurile privind căile de atac – n.n.) să decidă** în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, **în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu** și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.”*

Mai mult, în cadrul Hotărârii din 7 septembrie 2021, CJUE s-a pronunțat în cauza **C-927/19**, astfel:

*„6) Articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, **trebuie interpretate** în sensul că **instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante** prin care se refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia ia fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz **este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia. În acest scop, instanța menționată,***

care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, **trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative dacă acestea sunt nelegale** și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante **sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.**

În acest sens, raportat la cele precizate anterior, sunt deosebit de relevante în context concluziile formulate de Avocatul General în cauza **C-927/19**, și anume „36. **Conform unei interpretări literale și izolate a articolului 21 din Directiva 2014/24, informațiile confidențiale ar fi, pur și simplu, cele calificate ca atare de un operator economic.** Prin urmare, informații protejate ar fi, în orice caz, **cele „desemnate de [operatorii economici] ca fiind confidențiale”.**

37. **Dacă s- ar aplica acest criteriu hermeneutic, orice informație**

a cărei divulgare nu ar fi autorizată de operatorul care a pus- o la

dispoziția autorității contractante, indiferent de conținutul său, ar fi blocată în mod automat, cu alte cuvinte nu ar putea fi divulgată.

38. **Această interpretare extensivă nu poate fi primită.** (...)

40. Prin urmare, considerăm că **articolul 21** din Directiva 2014/24, **citit în contextul său, nu încredințează exclusiv operatorului economic funcția de a specifica, după cum consideră de cuviință, informațiile care trebuie calificate drept confidențiale.** Cererea sa motivată în această privință – indispensabilă, dacă dorește să limiteze publicarea informațiilor pe care el însuși le furnizează – **este supusă deciziei ulterioare a autorității contractante (și, eventual, celei a instanței care efectuează controlul deciziilor acesteia).**”

Tot în context, Consiliul subliniază că, potrivit Îndrumării privind analiza confidențialității ofertelor, publicată în data de 07.03.2023, pe site-ul ANAP, „6.3. **Este important de reținut faptul că OUG nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale** împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, care a transpus Directiva 2016/943/UE privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (**secrete comerciale**) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale - **NU se aplică în domeniul achizițiilor publice.**”

Analizând răspunsul sus menționat, comunicat de ... SA prin adresa anterior precizată, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului ... SRL, care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, documentele aflate la respectivul dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

Procedând la analiza actualei contestații, formulată de ... SRL, Consiliul reține că acesta este nemulțumit de rezultatul procedurii de atribuire, care i-a fost comunicat în data de 19.04.2023, prin intermediul SEAP (*pag. 237, vol. 2/3 al dosarului cauzei*), și consemnat în raportul procedurii nr. 104967 din 06.04.2023 (*pag. 234, vol. 2/3 al dosarului cauzei*), motiv pentru care Consiliul va soluționa contestația care face obiectul prezentei analizând aspectele criticate, raportat la conținutul documentației de atribuire și la prevederile legale incidente.

În ceea ce privește criticile formulate de contestatorul ... SRL, la **punctul I.** din prezenta contestație, cu privire la motivele de respingere ale propriei oferte, Consiliul reține că, în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți, publicate în SEAP sub identificatorul „[.../00007] FisaDate_DF1163242.pdf” și intitulate generic „Fișa de date”, entitatea contractantă a solicitat, în cadrul **Secțiunii III.1.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului** din anunțul de participare, următoarele cerințe:

„Cerinta nr. 1

Prezentarea: Formular DUAЕ - Document unic de achiziție european conf. art. 202 Legea 99/2016, pentru ofertant (în caz de asociere atât pentru lider cât și pentru asociați)/terț susținător/subcontractanți.

(1) Entitatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ (Document unic de achiziție european), care constă într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) Situațiile de excludere se aplică tuturor operatorilor economici-ofertanți/terți susținători/subcontractori:

- i. - ofertantul, ofertantul asociat, subcontractantul și terțul **nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea 99/2016.**

(...)

Încadrarea în situațiile prevăzute la art. 177; 178; 180 din L99/2016 conduce la excluderea ofertantului din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție sectorială.”

În evaluarea ofertei depuse de contestatorul ... SRL, entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, a transmis către acesta adresa cu **nr. 14199/16.01.2023** (pag. 44, vol. 2/3 al dosarului cauzei), prin care a solicitat următoarele clarificări:

„(...) vă solicităm documentele de mai jos, prin încărcare în SEAP (...).

Documentele solicitate sunt:

- Declarații pe propria răspundere că ofertantul nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere ale art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016 actualizată și **totodată documentul DUAE revizuit, având în vedere Hotărârea 91/2021 pronunțată în 19.02.2021 a Curții de Apel Cluj și Hotărârea 1344/2022 din 15.12.2022 a Curții de Apel Cluj** (dosarul nr. 2583/117/2020 și dosarul nr. 2045/117/2020), **cu referire la cele completate în DUAE depus la procedura mai sus menționată:**

„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”	Răspunsul dumneavoastră? A fost reziliat Contractul nr. 260/15.04.2019 din motive total independente de voința subscrisei, în speță refuzul furnizorului Ningbo Sanxing Electric de a livra echipamentele care făceau obiectul contractului. Nu au existat daune-interese. Nu au existat alte sancțiuni. Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)? DA Descriere: Am întrerupt colaborarea cu furnizorul Ningbo Sanxing Electric întrucât rezilierea contractului s-a realizat din culpa exclusivă a acestuia
--	---

Contestatorul a răspuns la solicitarea de clarificări anterior citată, prin adresa cu nr. **42/19.01.2023** (pag. 62, vol. 2/3 al dosarului cauzei), menționând că: **„Atașat se transmit documentele solicitate.”**

În urma primirii răspunsului la solicitarea de clarificări anterior precizată, entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, a transmis către acesta o altă adresă, respectiv adresa cu **nr. 48159/16.02.2023**

(pag. 74, vol. 2/3 al dosarului cauzei), prin care a solicitat următoarele clarificări:

„1. Declarație conform art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 99/2016 (conform model atașat), având în vedere conduita contractuală în cadrul Acordului-Cadru nr 255/12.04.2019 și a Contractului Subsecvent nr 260/15.04.2019 conduită care a condus la rezilierea acestora.

(...) De asemenea, ați menționat și în dreptul secțiunii din DUAE privitoare la "încetare anticipată a unui contract, daune-interese și alte sancțiuni comparabilă", actualizate la 19 ianuarie 2023, **că acestea nu ar fi aplicabile în raport de Contractul Subsecvent nr 260/15.04.2019, întrucât acestea nu ar fi fost reziliate din culpa societății ..., fără a ține cont de Hotărârea Civilă nr 91 din 19.02.2021, definitivă și executorie.**

Lipsa oricărei mențiuni cu privire la rezilierea Acordului-Cadru și a Contractului Subsecvent poate conduce la excluderea MPS ca urmare a includerii unor declarații false (în speță, incomplete) în conținutul informațiilor transmise către DEER în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție.

De asemenea, **documentul constatator emis de subscrisa are calitate de act administrativ cu caracter obligatoriu pentru destinatarul acestuia atât ca urmare a emiterii lui pentru conduita contractuală culpabilă cât și ca urmare a sentințelor civile emise de instanțele competente de pe teritoriul României, decizii definitive cu caracter obligatoriu pentru ambele părți atât în privința rezilierii cât și în privința legalității actului administrativ asimiliat și anume documentul constatator (Hotărârea Civilă nr. 1344/15.12.2022).**

Având în vedere cele antemenționate, sub sancțiunea art. 322 Cod Penal și art. 323 Cod Penal vă solicităm prin prezenta, clarificări cu privire la incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 99/2016 și raportat la acestea, coroborat cu art. 182 din Legea 99/2016 și documentele necesare care să ateste îndeplinirea tuturor condițiilor prevăzute de dispozițiile anterior menționate.”

Contestatorul a răspuns la a doua solicitare de clarificări, anterior citată, prin adresa cu nr. **129/19.01.2023** (pag. 129, vol. 2/3 al dosarului cauzei) menționând că:

„(...) vă transmit următoarele:

Clarificări solicitate

Solicitare 1:

1. Declarație conform art. 180 alin. (1) lit g) și h) din Legea 99/2016 (conform model atașat), **având în vedere conduita contractuală în cadrul Acordului-Cadru nr. 255/12.04.2019 a Contractului Subsecvent nr 260/15.04.2019 conduită care a condus la rezilierea acestora.**

2. **DUAЕ revizuit, în concordanță cu cele de mai sus.**

Răspuns Solicitare 1:

Atașat se transmit:

- Declarație privind neîncadrare în situațiile prevăzute la art. 180 din Legea 99/2016;

- **DUAЕ revizuit;**

- Notă Explicativă 1;

- Declarație pe proprie răspundere contractul 1;

- Nota Explicativă 2;

- Declarație pe proprie răspundere contractul 2;

- Declarație actualizată privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 71-73 din Legea nr. 99/2016."

Ulterior transmiterii, de către contestatorul ... SRL, a răspunsurilor la cele două seturi de solicitări de clarificări sus precizate, entitatea contractantă a decis, în urma analizei acestor răspunsuri, că „informațiile preliminare DUAЕ nu au fost demonstrate” (a se vedea Procesul-verbal nr. 84137/21.03.2023, pag. 138, vol. 2/3 al dosarului cauzei), și, pe cale de consecință, potrivit comunicării privind rezultatul procedurii, transmisă de către entitatea contractantă respectivului contestator (pag. 237, vol. 2/3 al dosarului cauzei), oferta ... SRL „a fost exclusă din procedură în temeiul art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, (...), **având în vedere analiza documentele transmise ca răspuns la solicitările entității** (document atașat – adresa nr. **84140 din 21.03.2023**) **și totodată a documentului HC nr. 1344/2022** din data de 15.12.2022 (nr. intrare la DEER 18768 din 19.01.2023).”

Verificând, la rândul său, atât răspunsurile contestatorului (*inclusiv documentele atașate*), raportat la cele două seturi de solicitări de clarificări anterior precizate, coroborat cu cerințele din documentația de atribuire, cu documentul DUAЕ completat inițial de acesta și cu prevederile legislației în materie,

Consiliul reține că, printre documentele atașate de contestator, la adresa cu nr. **42/19.01.2023**, transmisă ca răspuns la prima solicitare de clarificări în discuție, se regăsește atașat și un document DUAЕ revizuit (pag. 58, vol. 2/3 al dosarului cauzei), în cadrul căruia, la Partea III - Motive de excludere, Secțiunea C – Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, subsecțiunea „Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, contestatorul a precizat următoarele:

„Răspunsul dumneavoastră?”

A fost reziliat Contractul nr. 260/15.04.2019 din motive total independente de voința subscrisei, în speță refuzul furnizorului Ningbo Sanxing Electric de a livra echipamentele care făceau obiectul contractului.

Nu au existat daune-interese și nici nu au fost solicitate daune. Nu au existat alte sancțiuni.

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

DA

Descriere: Am întrerupt colaborarea cu furnizorul Ningbo Sanxing Electric întrucât rezilierea contractului s-a realizat din culpa exclusivă a acestuia.

Totodată pentru autocorectarea celor întâmpinate subscrisea a aplicat metode mult mai severe pentru selectarea unui nou producător/colaborator în mod special în privința seriozității pe care acesta o poate oferi.

Subscrisea a aplicat proceduri noi privind managementul contractelor pentru a nu mai întâmpina o situație ca cea din contractul menționat mai sus.”

Totodată, pe lângă primul document DUAЕ revizuit, comunicat odată cu adresa cu nr. **42/19.01.2023**, se regăsește totodată, atașată în copie, și **Hotărârea Civilă nr. 1344**, invocată deja de entitatea contractată în solicitarea sus precizată, pronunțată în ședința publică din data de **15.12.2022** (dosar 2045/117/2020), de către Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a Contencios Administrativ și Fiscal (pag. 51, vol. 2/3 al dosarului cauzei), prin care aceasta a decis următoarele:

„Respinge, ca nefondat, recursul declarat de către recurenta reclamant ... SRL, cu sediul procesual ales la avocat ... în contradictoriu cu intimata ... SA, cu sediul în ... împotriva sentinței civile nr. 2178/20 septembrie 2022, pronunțată de către Tribunalul Cluj în dosarul nr. 2045/117/2020, pe care o păstrează în întregime.

Decizia este definitivă.

Pronunțată azi, 15 decembrie 2022, prin punerea soluției la dispoziția părților, de către grefa instanței.”

Consiliul mai reține, raportat la cele precizate în **Hotărârea Civilă nr. 1344**, sus menționată, că, anterior, prin **Sentința civilă nr. 2178 din 20 septembrie 2022**, pronunțată de către Tribunalul Cluj în dosarul nr. 2045/117/2020, **„s-a respins cererea de anulare a Documentului**

constatator nr. 4670/29.04.2020, privind reclamanta ... SRL, în contradictoriu cu intimata ... SA”.

Conform Documentului constatator **nr. 4670/29.04.2020** (care se regăsește publicat în SEAP, la Secțiunea – Documente constatatoare, sub nr. AD1061448, AD1061559 și AD1081632, nefiind însă identificat de către Consiliu, printre documentele transmise de contestator ca răspuns la cele două seturi de clarificări în discuție), contractul **nr. 260/15.04.2019** în cauză:

- **a fost îndeplinit nesatisfăcător** (punctul 8 din document), respectiv

- **nu au fost respectate termenele contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări** (punctul 8 lit. b) din document), fapt care

- **a condus la rezilierea contractului** (punctul 8 lit. f) din document), iar

- **prejudiciile** care au fost sau care ar fi putut fi aduse entității contractante, pe perioada derulării contractului, **au constat**, conform punctului 9 din document, **în faptul că nu au fost livrate conform prevederilor contractului nr. 260/15.04.2019, produsele prevăzute conform Anexei 1, contoare de tip: electronice monofazate cu măsură reactiv.**

În acest context, Consiliul subliniază că, potrivit prevederilor art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, **„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g), se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale**, cu titlu exemplificativ, **neexecutarea obligațiilor privind livrarea produselor** sau serviciilor, ori neexecutarea lucrărilor, livrarea unor produse sau servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic.”

Consiliul reține, de asemenea, că, printre documentele atașate de contestator, la adresa cu nr. **129/19.01.2023**, transmisă ca răspuns la a doua solicitare de clarificări în discuție, se regăsește atașat un al doilea document DUAE revizuit (pag. 122, vol. 2/3 al dosarului cauzei), în cadrul căruia, la Partea III - Motive de excludere, Secțiunea C – Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, subsecțiunea **„Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”**, contestatorul a precizat următoarele:

„Răspunsul dumneavoastră?

A fost reziliat Contractul nr. 260/15.04.2019 din motive total independente de voința subscrisei, în speță refuzul furnizorului Ningbo Sanxing Electric de a livra echipamentele care făceau obiectul contractului.

**Nu au existat daune-interese și nici nu au fost solicitate daune.
Nu au existat alte sancțiuni.**

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

DA

Descriere: Am întrerupt colaborarea cu furnizorul Ningbo Sanxing Electric întrucât rezilierea contractului s-a realizat din culpa exclusivă a acestuia.

Totodată pentru autocorectarea celor întâmpinate subscrisa a aplicat metode mult mai severe pentru selectarea unui nou producător/colaborator în mod special în privința seriozității pe care acesta o poate oferi.

În vederea încadrării în prevederile art. 180, alin 1, lit. g se anexează următoarele:

Nota explicativă numărul 1

Conform instrucțiuni ANAP se anexează declarația pe proprie răspundere privind plata penalităților

2. Pentru contractul nr. CS 2574/17.05.2022 subscrisa a contestat în instanță, solicitând anularea documentului constatator numărul 5425, numărul dosarului fiind 526/117/2023. Astfel până la finalizarea acestui proces și până la o hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată efectele rezilierii și ale documentului constatator sunt suspendate. Subscrisa a aplicat proceduri noi privind managementul contractelor pentru a nu mai întâmpina o situație ca cea din contractul menționat mai sus. Subscrisa a elaborat și implementat proceduri interne noi privind participarea la procedurile de achiziții publice, proceduri care sunt actualizate și îmbunătățite în permanență, inclusiv în privința participării la licitații în asociere. Totodată managementul companiei a impus ca managementul unui contract să fie documentat prin minute, procese verbale de constatare sau orice înregistrări ce pot constitui probă în situații similare de rezilieri abuzive, astfel acesta urmărește în mod continuu respectarea întocmai a acestor proceduri de către toți angajații săi.

În vederea încadrării în prevederile art. 180, alin 1, lit.g se anexează următoarele:

- Nota explicativă numărul 2

- Conform instrucțiuni ANAP se anexează declarația pe proprie răspundere de asumare a plății de daune interes/penalități aplicate în baza document constatator nr. 5425.”

Astfel, raportat la **contractul nr. 260/15.04.2019** în discuție, la **documentul constatator nr. 4670/29.04.2020** care vizează

respectivul contract și **la Sentința civilă nr. 2178/20.09.2022**, prin care s-a respins cererea de anulare a documentului constatator **nr. 4670/29.04.2020**, Sentință menținută prin **Hotărârea Civilă nr. 1344/15.12.2022**, Consiliul constată că **data-limită** de depunere a ofertelor la prezenta procedură (*care este o dată de reper unică pentru toți potențialii ofertanți, în condițiile legii, în vederea depunerii tuturor ofertelor și a completării documentului DUAЕ integrat în SEAP*) **a fost** data de **14.11.2022**, conform Secțiunii IV.2.2) din anunțul de participare.

În acest context, Consiliul atrage atenția că, în conformitate cu prevederile art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, care reprezintă o **Lex specialis în materia achizițiilor sectoriale** (*întrucât transpune Directiva 2014/25/EU, care reglementează la nivel european achizițiile sectoriale*), prevalând astfel, prin dispozițiile sale exprese, dispozițiilor dreptului comun, „(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/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 177 și 180 nu sunt aplicabile:**

(...)

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 180 a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant.”

Or, în aceste circumstanțe, contestatorul ... SRL avea obligația să completeze cel puțin documentul DUAЕ inițial, la Partea III - Motive de excludere, Secțiunea C – Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, subsecțiunea „Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, și cu informații privind atât documentul constatator **nr. 4670/29.04.2020**, emis de entitatea contractantă competentă în acest sens, cât și **Sentința civilă nr. 2178/20.09.2022**, prin care s-a respins cererea de anulare a documentului constatator **nr. 4670/29.04.2020**, Sentință menținută prin **Hotărârea Civilă nr. 1344/15.12.2022**,

întrucât **între** data emiterii documentului constatator în discuție, respectiv **29.04.2020**, și data-limită de depunere a ofertelor, respectiv **14.11.2022**, la prezenta procedură, **nu a trecut o perioadă de 3 ani**, astfel cum este aceasta reglementată de prevederile art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, pentru a se considera că oferta contestatorului nu intră sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

În mod contrar, contestatorul ... SRL, deși avea cunoștință, la data elaborării ofertei, despre documentele enumerate la paragraful anterior, **nu a prezentat**, cel puțin în documentul DUAЕ inițial, completat în

SEAP, **și informațiile aferente, sus precizate**, necesare pentru a se stabili dacă contestatorul respectiv se află sau nu în situația de excludere reglementată la art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016.

Mai mult, Consiliul constată că, atât prin documentul DUAЕ completat inițial în SEAP, cât și prin documentele DUAЕ revizuite, contestatorul a precizat constant că *„a fost reziliat Contractul nr. 260/15.04.2019 din motive total independente de voința subscrisei, în speță refuzul furnizorului Ningbo Sanxing Electric de a livra echipamentele care făceau obiectul contractului”*, că *„nu au existat daune-interese”*, că *„nu au fost solicitate daune”* și că *„nu au existat alte sancțiuni.”*, **fără a face însă referire**, în aceste documente, la **documentul constatator nr. 4670/29.04.2020**, emis de entitatea contractantă competentă în acest sens, și la **Sentința civilă nr. 2178/20.09.2022**, prin care s-a respins cererea de anulare a documentului constatator nr. 4670/29.04.2020, Sentință menținută prin **Hotărârea Civilă nr. 1344/15.12.2022**,

acest mod de a nu furniza aceste informații **fiind contrar** celor reținute și subliniate de Consiliu în considerațiile de mai sus, precum și **contrar** faptului că o anume conduită a unui furnizor, care nu este parte a unui contract de achiziție sectorială, nu diminuează răspunderea contractantului în ceea ce privește modul de îndeplinire a respectivului contract, al cărui semnatar este, asumându-și astfel obligațiile aferente.

De altfel, prevederile art. 161 alin. (1) partea introductivă, din HG nr. 394/2016, precizează în mod clar faptul că **„Entitatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează: (...)”**

Consiliul constată totodată că, prin răspunsurile transmise de contestator la cele două seturi de clarificări în discuție, acesta a furnizat, raportat la considerațiile de mai sus, informații care nu reflectă realitatea, contrar precizărilor acestuia din concluziile scrise înregistrate la CNSC sub nr. ... (pag. 000283, vol. 1/3 al dosarului cauzei).

Mai precis, prin *Declarația pe proprie răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 178 și art. 180 din Legea nr. 99/2016*, datată 19.01.2023 (pag. 59, vol. 2/3 al dosarului cauzei),

contestatorul susține că „**declarăm pe proprie răspundere că nu ne aflăm în niciuna din situațiile ce atrag excluderea** din procedura de atribuire, **menționate la art. 170 și art. 180** din Legea nr. 99/2016.

Și totodată **declar pe proprie răspundere, sub sancțiunea excluderii din procedură că nu ne aflăm în situațiile menționate la art. 170 și art. 180** din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale **pentru Hotărârea 91/2021** pronunțată în 19.02.2021 a Curții de Apel Cluj și **Hotărârea 1344/2022 din 15.12.2022 a Curții de Apel Cluj.**”

Mai mult, prin Declarația privind neîncadrare în situațiile prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016, datată 20.02.2023 (pag. 133, vol. 2/3 al dosarului cauzei), deși contestatorul susține că „societatea noastră se află în una din situațiile descrise mai sus la litera G.”, acesta nu face referire la **documentul constatare nr. 4670/29.04.2020**, emis de entitatea contractantă competentă în acest sens, și la **Sentința civilă nr. 2178/20.09.2022**, prin care s-a respins cererea de anulare a documentului constatare nr. 4670/29.04.2020, Sentință menținută prin **Hotărârea Civilă nr. 1344/15.12.2022**.

Conform prevederilor art. 180 alin. (1) lit. h) și art. 182 din Legea nr. 99/2016, „Art. 180 – (1) **Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:**

(...)

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității 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. 182 - Entitatea 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. 177, 178 și 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.”

Or, în condițiilor anterior prezentate, Consiliul constată că, în situația de față, au fost create, în ceea ce privește contestatorul ... SRL, premisele de invocare și aplicare a prevederilor art. 180 alin. (1) lit. h) și art. 182 din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare procedând în mod corect, în acest sens, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu.

Pe cale de consecință, în aceste condiții, raportat la toate considerațiile anterioare, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatorului ... SRL, formulate la **punctul I.** din prezenta contestație.

Referitor la criticile formulate la **punctul II.A.** din prezenta contestație, cu privire la oferta ... SA, Consiliul reține că, și în cazul acestor critici, sunt relevante cerințele sus citate, solicitate de entitatea

contractantă, care se regăsesc în Fișa de date, la Secțiunea III.1.1.a) - *Situația personală a candidatului sau ofertantului, Cerința nr. 1.*

Consiliul subliniază faptul că, potrivit prevederilor art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, „(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/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 entitatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, **cum ar fi o decizie** a unei instanțe judecătorești, **a unei autorități administrative** sau a unei organizații internaționale;”.

Totodată, Consiliul atrage atenția, și în acest caz, că, în conformitate cu prevederile art. 184 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, care reprezintă o **Lex specialis în materia achizițiilor sectoriale** (întrucât transpune Directiva 2014/25/EU, care reglementează la nivel european achizițiile sectoriale), prevalând astfel, prin dispozițiile sale exprese, dispozițiilor dreptului comun,

„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/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 177 și 180 nu sunt aplicabile:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 177, a trecut o perioadă de 5 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare;

b) **dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 180 a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant.”**

Prin criticile sale, contestatorul apreciază că, în cazul ofertei ... SA, sunt incidente prevederile **art. 180 alin. (1) lit. c)** din Legea nr. 99/2016, astfel că, în opinia respectivului contestator, acest ofertant avea **„obligația de a declara în cuprinsul DUAE abaterea profesională gravă confirmată prin emiterea Deciziei Consiliului Concurenței nr. 77/20.12.2017** și eventual de a furniza măsurile de autocorectare luate în vederea demonstrării fiabilității, pentru a pune la dispoziția comisiei de evaluare din cadrul Entității contractante integralitatea informațiilor de natură

a-i permite acestea efectuarea evaluării în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

Încălcând prevederile legale în vigoare (atât pe cele în materia achizițiilor publice, cât și pe cele în materie penală privind falsul în declarații), ENEGOBIT S.A. a optat pentru completarea răspunsului „NU” la întrebarea: **„Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?”** astfel făcând afirmații false și ascunzând informații față de Entitatea contractantă, faptă care o plasează sub incidența cazurilor de excludere prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. h) și i). Gravitatea sporită a acestor motive de excludere (care operează independent de oricare altele prevăzute de celelalte litere ale alin. (1) al art. 180) demonstrează reaua-credință a ... S.A., care a acționat în mod vădit în vederea inducerii în eroare a Entității contractante.”

Consiliul reține că, în formularea acestor critici, contestatorul ... SRL a omis un element relevant, și anume acela că, în cadrul Hotărârii din 24 octombrie 2018, **CJUE** (ale cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele din statele membre) s-a pronunțat în cauza **C-124/17** astfel:

„În aceste condiții, Vergabekammer Südbayern (Camera pentru Achiziții Publice din Bavaria de Jos) a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

(...)

3) În ceea ce privește motivele de excludere facultative prevăzute la articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, perioada maximă de excludere sau termenul pentru excludere este, potrivit articolului 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24, de trei ani de la data la care a avut loc evenimentul relevant. Producerea «evenimentului relevant» coincide cu apariția motivului de excludere menționat la articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 **sau momentul determinant este cel în care autoritatea contractantă dispune de informații sigure și solide cu privire la existența motivului de excludere?**

(...)

Cu privire la a treia și la a patra întrebare

(...)

41. În consecință, perioada de excludere trebuie calculată începând nu de la participarea la încălcare, ci de la data la care comportamentul a făcut obiectul unei constatări a încălcării de către autoritatea competentă.

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a patra) declară:

(...)

2) Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, **atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere** prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, **care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective.**”

Or, în cazul de față, Decizia Consiliului Concurenței în discuție, cu **nr. 77**, la care face referire chiar contestatorul, este emisă în data de **20.12.2017**.

Pe cale de consecință, având în vedere că ofertantului ... SA nu i-a fost aplicată, prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată, măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire (*Acest operator economic nu apare menționat nici în Lista cu - Operatori economici care au interdicție de participare la proceduri în SEAP - listă care se regăsește în SEAP*) pentru o anumită perioadă, și, totodată, având în vedere data/momentul emiterii Deciziei Consiliului Concurenței în discuție (**20.12.2017**) și data/momentul publicării prezentei proceduri în SEAP (**28.10.2022**), este irelevant dacă Decizia în cauză rămâne definitivă sau nu, **întrucât au trecut mai mult de 3 ani** de la data emiterii acestei decizii de către autoritatea administrativă competentă, în speță Consiliul Concurenței.

În ceea ce privește susținerile contestatorului, din contestația formulată, și anume „**Faptul ca ... S.A. se află pe Lista operatorilor economici față de care a expirat termenul de trei ani de la data deciziei autorității naționale de concurență și pentru care nu se mai aplică prevederile legislației din domeniul achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale și concesiunilor de lucrări și servicii, privind situațiile de excludere de la procedura de atribuire pentru săvârșirea unei abateri profesionale grave, constând în încălcarea reglementărilor din domeniul concurenței, prin participarea la o faptă anticoncurențială de tip cartel care vizează trucarea de licitații nu este echivalent cu lipsa obligației de a declara în cuprinsul DUAЕ respectiva abatere gravă, întrucât, după cum am demonstrat, în cuprinsul DUAЕ nu se face referire la o anumită perioadă în care să fi avut loc încălcările.**”,

Consiliul constată că acesta a omis, în formularea acestor susțineri, atât Hotărârea CJUE pronunțată în cauza **C-124/17** (deși contestatorul face referire, în contestația formulată, la multe alte decizii CJUE) în conexiune cu prevederile exprese ale art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, **care fac referire la o astfel de perioadă, de 3 ani, de la expirarea căreia nu mai sunt aplicabile** (în condițiile art. 184 alin. (5) lit. b), anterior citate) **situațiile de excludere prevăzute la art.**

180 din Legea nr. 99/2016, cât și faptul că, datorită acestor prevederi exprese, transpuse din legislația europeană (*a se vedea art. 80 din Directiva 2014/25/UE*), și a datei de emitere a Deciziei Consiliului Concurenței, **de la care au trecut mai mult de 3 ani, ... SA nu se mai afla** sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 la momentul completării DUAЕ la prezenta procedura.

Or, potrivit prevederilor art. 202 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, „(1) **Entitatea contractantă acceptă** la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor **DUAЕ, care constă într-o declarație pe propria răspundere actualizată**, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți **care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:**

a) **nu se află** în niciuna dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180;”, aceste prevederi de la lit. a) în discuție fiind citate exact în conținutul **Cerinței nr. 1** din cadrul Secțiunii III.1.1.a) a Fișei de date.

Consiliul subliniază că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de entitatea contractantă, este obligatorie **atât pentru operatorii economici participanți la procedură**, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, **cât și pentru entitatea contractantă**, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de atribuire, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu cât și prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Pe cale de consecință, ... SA, care, raportat la prevederile exprese ale art. 184 alin. (5) lit. b) din legea nr. 99/2016, **nu se mai afla** sub incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, a bifat în mod corect – **NU** – la subsecțiunea denumită „**Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave**” (*la fel și la subsecțiunea „Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”, subsecțiune care vizează comportamentul operatorului economic în cadrul procedurii la care participă, respectiv în cadrul prezentei proceduri, situație care nu este în discuție*), din cadrul DUAЕ, Partea III - Motive de excludere, Secțiunea C – Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale,

invocarea, de către contestator, a incidenței situațiilor de excludere reglementate de prevederile art. 180 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 99/2016, în ceea ce privește oferta ... SA, neregăsindu-și niciun temei, având în vedere considerațiile prezentate anterior, cu privire la aspectele criticate la punctul în discuție.

Pe cale de consecință, în aceste condiții, raportat la toate considerațiile anterioare, Consiliul va respinge ca nefondate criticile

contestatorului ... SRL, formulate la **punctul II.A.** din prezenta contestație.

Referitor la criticile formulate la **punctul II.B.** din prezenta contestație, cu privire la oferta ... SA, Consiliul constată că aceste critici sunt în fapt susțineri generice ale contestatorului, respectiv simple afirmații, prin care contestatorul, **fără a indica, preciza sau argumenta un fundament probatoriu**, încearcă să explice de ce, în opinia sa, *„Produsul oferat de societatea ... SA, contor tip SX300 (în realitate fiind vorba de produsul oferat contor tip SX100 – n.n.) nu îndeplinește cerințele caietului de sarcini”,* și care sunt axate pe teze cum ar fi *„Ca urmare a integralității celor menționate în cuprinsul prezentei contestații, **apreciem în mod rezonabil că am adus argumente mai mult decât plauzibile** care demonstrează faptul că se impune respingerea fără rezerve a ofertei depuse de către ... S.A. și faptul că evaluarea efectuată de către comisia de evaluare din cadrul Entității contractante a fost contrară prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor sectoriale”.*

Mai mult, prin concluziile scrise, înregistrate la CNSC sub nr. ... (pag. 000164, vol. 1/3 al dosarului cauzei), contestatorul a înțeles ca, în sprijinul susținerilor sale generice, să facă referire, tot într-o manieră generală,

la **„website de specialitate”** (nu este precizat care anume, iar produsul prezentat de contestator, într-o poză, ca fiind de pe acest website, al cărui adresă nu apare în poza respectivă, este diferit, ca imagine, de produsul oferat de ... SA – a se vedea, de exemplu, imaginile de la pag. 335, 336 și 389, vol. 3/3 al dosarului cauzei – n.n.) precum și, printre alte generalități (cum ar fi *„la o simplă căutare pe interfața de căutare google.ro, secțiunea poze, nu se regăsește nici o variantă a contorului SX100 cu capacul al bornelor terminale transparente” – n.n.*), precum și

la informații desprinse din context, privind acte ale unor autorități/entități contractante de la alte proceduri de atribuire, omițând că, potrivit legii, singurele informații relevante, în vederea soluționării prezentei contestații, sunt cele privind acte ale entității contractante ... S.A. în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire în discuție, la care a fost formulată respectiva contestație.

În aceste condiții, Consiliul subliniază că, în conformitate cu art. 12 alin. (1) c.p.c., „(1) **Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință**, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți” or, în cazul de față, contestatorul nu a ținut cont de aceste prevederi în formularea contestației.

Astfel, Consiliul subliniază faptul că, raportat la prevederile legale reglementate, contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, printre care tocmai **motivarea, în fapt și în drept**, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării, **precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația**, altminteri soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații. Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare „**in integrum**” a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții.

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 contestator și entitatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și, în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde cauza care face obiectul dosarului iar adversarul va triumfa.

Or, nu este lipsit de relevanță faptul că, deși contestatorul a avut acces la dosarul cauzei constituit la CNSC, în data de **25.05.2023**, acesta nu a profitat de oportunitatea, în urma studierii dosarului, de a motiva în sensul precizat anterior, nefăcând în realitate dovada, prin concluziile scrise înregistrate la CNSC sub nr. ... (pag. 000283, vol. 1/3 al dosarului cauzei), a încălcării vreunei dispoziții legale, prin prezentarea

unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „**probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat**”, astfel încât să demonstreze caracterul nesustenabil și nereal al ofertei ... SA, raportat la modul de îndeplinire a anumitor cerințe din caietul de sarcini, de către respectiva ofertă.

În aceste circumstanțe, Consiliul subliniază că, prin Decizia Civilă nr. 716/24.05.2018, emisă de Curtea de Apel Bacău, instanța a consemnat că „nu poate fi primită critica petentei potrivit căreia CNSC ar fi trebuit să-i pună în vedere conform art. 11 din Legea nr. 101/2016 să-și completeze contestația în termen de 3 zile de la comunicare, întrucât în cauză nu s-a constatat lipsa informațiilor prevăzute la art. 10 lit.f), ci, pe de o parte, **caracterul generic al acestora (oferta nu corespunde specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției)**, iar, pe de altă parte, caracterul limitativ al acestora (**dispozitivele ofertate nu corespund specificațiilor tehnice prevăzute în documentele achiziției**), Consiliul analizând informațiile furnizate de către contestatoare cu respectarea principiului disponibilității”.

Pe cale de consecință, în aceste condiții, raportat la toate considerațiile anterioare, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatorului ... SRL, formulate la **punctul II.B.** din prezenta contestație.

Cu privire la jurisprudența națională invocată atât de către contestator cât și de către intervenient, Consiliul reține faptul că trimiterile la practica judiciară sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost investite”*.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația depusă de ... SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA și, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție accesorie formulată de ... SA.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de ... SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA și, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție accesorie formulată de ... SA.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

...

PREȘEDINTE

...

Consilier de soluționare

...

Redactat practica deciziei

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține ... pagini