

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1345 / C9 / 1372

Data: 15.06.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27516/22.05.2023, depusă de SRL, cu sediul în, județul, având CUI și număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată prin-...., consilier juridic, în calitate de lider al asocierii SRL – SRL, privind procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect "Achiziție servicii de proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții Înființarea sistemului de supraveghere în, jud.", cod CPV 45233292-2 Instalare de dispozitive de securitate (Rev. 2), de, cu sediul în, str., județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SRL critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 3019/15.05.2023, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, în data de 15.05.2023 a luat la cunoștință că oferta sa a fost respinsă în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că, pentru SRL, există mai multe documente constatatoare care consemnează încălcarea repetată a obligațiilor privind livrarea/prestarea/executarea lucrărilor/serviciilor/lucrărilor, în unele situații fiind aplicate și sancțiuni.

În primul rând, referitor la certificatele constatatoare emise de către Universitatea ..., respectiv de către, contestatoarea invocă Notificarea emisă de către ANAP în legătură cu 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Mai mult, sunt invocate și prevederile art. 171 alin. (1) și (5) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, pe care le citează.

În aceste condiții, contestatoarea precizează că, în cazul acestor documente, a expirat perioada de 3 ani de la data emiterii lor, acesta fiind și motivul pentru care nu le-a amintit în cadrul Anexei la DUAE.

În al doilea rând, contestatoarea arată că a completat în cadrul DUAE faptul că deține certificate constatatoare negative și a atașat o Anexă unde a explicat că nu a achitat penalități, deoarece documentele au fost contestate în cadrul unei acțiuni, ori până la finalizarea definitivă a dosarului se bucură de prezumția de nevinovăție, sens în care invocă prevederile art. 166 alin. (5) din Normele metodologice din 2016.

Totodată, contestatoarea menționează că autoritatea contractantă a publicat documentul constatator în SEAP mai devreme de expirarea termenului legal stabilit de lege.

Termenul legal îl reprezintă, raportat la dispozițiile art. 53 din Legea nr. 101/2016, soluționarea, în mod definitiv, a dosarului având ca obiect anularea documentului constatator, respectiv a dosarului nr. 762/1285/2022.

Autoritatea contractantă, în vederea publicării documentului constatator, nu trebuie să aștepte doar expirarea termenului pentru contestare ci, în cazul formulării unei contestații, și soluționarea ei.

În susținerea argumentelor sale, contestatoarea invocă decizia nr. 8071/686, 745/C5 emisă de Consiliu care s-a pronunțat asupra faptului că societatea sa deține patru certificate constatatoare negative.

Prin adresa nr. 3261/25.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 28705/26.05.2023, autoritatea contractantă a transmis Punct de vedere la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea ei, ca nefondată.

Totodată, autoritatea contractantă a depus și documentele necesare soluționării contestației, în format electronic.

Cu referire la criticile contestatoarei, autoritatea contractantă susține că, în cadrul DUAE, secțiunea Motive de excludere, punctul C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, ... SRL a declarat că s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior, bifând DA, precum și că nu a luat măsuri pentru a-și demonstra fiabilitatea.

Pentru SRL au fost emise de către o autoritate contractantă, referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, documentele constatatoare nr. 50717/895, 50767/906, 50761, 50764/904 și 50765/905 din data de 22.06.2022 în care se consemnează neîndeplinirea în mod corespunzător a contractelor, motivat de nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări, respectiv neefectuarea lucrărilor de montaj în

termen, încălcări care au adus prejudicii (daune interese) autorității contractante pe perioada derulării contractelor respective.

Referitor la invocarea din cuprinsul contestației a prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, respectiv că "de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant a expirat o perioadă de 3 ani", autoritatea contractantă susține că din documentele constatatoare rezultă că faptele săvârșite, respectiv livrările întârziate au avut loc până în data de 15.06.2022, așadar într-un termen care nu depășește 3 ani de la data limită de depunere a ofertei.

Autoritatea contractantă mai arată că membrii comisiei de evaluare nu au regăsit în fișierul Anexa DUAЕ-semnat.pdf dovezi, așa cum sunt ele precizate la alin. (3) din art. 171 din Legea nr. 98/2016 și nu au considerat că documentele prezentate de contestatoare sunt dovezi suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității SRL pentru că nu a prezentat niciun document din care să reiasă:

- efectuarea de către operatorul economic a plății sau asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor,
- clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor,
- 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.

Mai mult decât atât, în cadrul DUAЕ, ... SRL a bifat că NU a luat măsuri pentru a-și demonstra fiabilitatea.

Autoritatea contractantă susține că membrii comisiei de evaluare nu se pot substitui unei instanțe pronunțându-se în privința legalității emiterii documentelor constatatoare de către autoritățile contractante, în schimb au analizat declarația DUAЕ a contestatoarei, informațiile oferite de către aceasta și documentele constatatoare emise de autoritățile contractante privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către SRL.

Autoritatea contractantă DGASPC a emis un număr de cinci documente constatatoare pentru SRL (nr. 50717/895/22.07.2022, 50767/906/22.07.2022, 50761/903/22.07.2022, 50764/904/22.07.2022 și 50765/905/22.06.2022) în care este consemnată neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contestatoare cu prejudicii (daune interese), iar SRL a solicitat în instanță anularea a patru documente constatatoare, respectiv nr. 50717/895/22.07.2022, 50767/906/22.07.2022, 50761/

903/22.07.2022 și 50764/904/22.07.2022), acțiune pentru care nu există decizie de anulare.

Documentul constatator nr. 50765/905/22.06.2022 în care este consemnată neîndeplinirea clauzelor contractuale de către executant în cadrul contractului nr. 37162/10.05.2022 pentru executare Lucrări montaj centrală alarmă incendiu CTF pentru același beneficiar DGASPC nu este contestat de către SRL în cadrul cererii de chemare în judecată. Contestatoarea nu a făcut nicio referire cu privire la acest document în oferta depusă și DUAE-ul asociat.

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

În vederea atribuirii contractului având ca obiect "Achiziție servicii de proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții Înființarea sistemului de supraveghere în, jud.", cod CPV 45233292-2 Instalare de dispozitive de securitate (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1123173/07.04.2023.

Din informațiile anunțului de participare simplificat amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări care se atribuie este de 1.072.004,56 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 28.04.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire nr. 3019/15.05.2023, ... SRL a depus contestația în analiză, sens în care a constituit cauțiunea în sumă de 21.441,00 lei, conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209181257/2 eliberată de CEC BANK, Sucursala, la data de 26.05.2023.

În ceea ce privește critica contestatoarei îndreptată împotriva deciziei de respingere a ofertei depuse, este de reținut că, prin adresa nr. 3019/15.05.2023, care reprezintă adresa de comunicare a rezultatului procedurii, s-au comunicat ofertantei motivele care au condus la această finalitate: "... în temeiul art. 215, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Autoritatea contractantă vă informează că oferta dumneavoastră a fost respinsă fiind considerată de către comisia de evaluare drept inacceptabilă.

Motive concrete:

În DUAE, operatorul economic S.R.L., lider de asociere în cadrul procedurii, care contribuie în proporție de 97% la îndeplinirea contractului, potrivit acordului de asociere, declară că s-a aflat în situația în care contractele de achiziții publice anterioare, contracte anterior încheiate cu entități contractante sau contracte de concesiune anterioare au fost reziliate anticipat sau au fost impuse daune interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivele contracte anterioare, în cazul în care în cadrul DUAE se bifează

cu DA în cadrul secțiunii încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile, operatorul economic trebuie să descrie aceste situații. S.R.L. completează câmpul destinat descrierii cu acestor situații cu precizarea: "conform fișier pdf.anexa DUAЕ".

De asemenea, Liderul de asociere declară că, față de situațiile de încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile anterioare NU a luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea, autocorectarea operatorului economic S.R.L..

Comisia de evaluare a identificat în SEAP următoarele documente constatatoare emise de autorități publice pentru S.R.L. pentru contracte care nu au fost îndeplinite în mod corespunzător:

- 1591/25.03.20109 emis de- nerespectarea termenelor de livrare a produselor;
- 3981/28.10.2019 emis de S.A. - nerespectarea termenelor de livrare a produselor;
- 259/21.01.2020 emis de S.A. - nerespectarea termenelor de livrare a produselor;
- 260/21.01.2020 emis de S.A. - nerespectarea termenelor de livrare a produselor;
- 261/21.01.2020 emis de S.A. - nerespectarea termenelor de livrare a produselor;
- 895, 903, 904, 905, 906/22.06.2022 emise de- nerespectarea termenelor contractuale de livrare/prestare servicii/executare lucrări cu prejudicii (daune interese) aduse. Conform art. 167, alin. (1), lit. g), autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică operatorul economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice iar aceste încălcări au dus la plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Pentru operatorul economic S.R.L. există mai multe documente constatatoare care consemnează încălcarea repetată a obligațiilor privind livrarea/prestarea/executarea lucrărilor/serviciilor/lucrărilor, în unele situații fiind aplicate și sancțiuni.

În condițiile art. 137, alin. (2), lit. b) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, oferta care a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire este considerate inacceptabilă.

Potrivit art. 215, alin. (4) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de un ofertant care nu are calificările necesare.

Potrivit art. 137, alin. (1) comisia de evaluare respinge oferta depusă de Asocierea S.R.L - S.R.L."

Având în vedere motivele de respingere reținute în privința ofertei depuse de asocierea SRL - SRL, se reține că, în DUAЕ, liderul asocierii SRL, la secțiunea III. Motive de excludere, punctul C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, ... SRL a declarat față de situația încetării anticipate,

daune-interese sau alte sancțiuni comparabile: "conform fișier pdf. anexă DUAЕ. Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare")? NU".

Din anexa la DUAЕ, se constată că societatea contestatoare a precizat următoarele: "Referitor la certificatele constatatoare, menționam că am depus o plângere contravențională în vederea anularii acestora.

ART. 166 din HG 395/2016 menționează la următoarele aliniate:

(4) *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.*

(5) *Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, **dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.***

(5^1) **Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.**

(5^2) *Prin excepție de la termenele prevăzute la art. 166 alin. (1) lit. a)-e), autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare și pe perioada derulării contractului, la fiecare 90 de zile de la momentul semnării contractului, în cadrul cărora vor fi consemnate cel puțin stadiul contractului și, dacă este cazul, eventualele întâzieri/deficiențe în implementarea contractului, precum și eventualele daune cauzate din culpa contractantului.*

(5^3) *Documentele constatatoare prevăzute la alin. (5^2) se publică în SEAP în condițiile alin. (5) și pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.*

(5^4) *Pentru documentele constatatoare prevăzute la alin. (5^2), prevederile alin. (3) și ale alin. (5^1) se aplică în mod corespunzător.*

(6) **În cazul contractelor atribuite prin cumpărare directă, autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare în conformitate cu alin. (1), atunci când este solicitat acest lucru de către contractant/contractant asociat.**

(7) *Autoritatea contractantă poate emite un document constatator unui subcontractant la solicitarea acestuia și numai în cazul prezentării contractului de subcontractare și a recepțiilor aferente.*

(8) *Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.*

Astfel, autoritatea contractanta a publicat documentul constatator in SEAP mai devreme de expirarea termenului legal stabilit de lege.

Termenul legal îl reprezintă, raportat la dispozițiile art. 53 din Legea nr. 101/2016, soluționarea, în mod definitiv, a dosarului având ca obiect anularea documentului constatator.

Va solicitam sa țineți cont ca procentul certificatelor constatatoare negative este foarte mic în comparație cu procentul constatatoarelor pozitive (daca considerați necesar vă putem transmite toate certificatele constatatoare pozitive) sau pot fi verificate direct pe SICAP. Mai precizăm că valoarea contractelor încheiate de către societatea noastră pe parcursul activității noastre este foarte mare în comparație cu valorile penalităților aplicate conform constatatoarelor negative.”

Se constată că, dintre documentele anexate de ofertantă DUAЕ-ului, se reține depunerea următoarelor:

- Cerere de chemare în judecată a Direcției de Asistență Socială și Protecția Copilului, adresată Tribunalului, pentru 4 dintre cele 5 documente constatatoare emise de aceasta, respectiv pentru documentele constatatoare nr. 50717/895/22.06.2022, 50767/906/22.06.2022, 50761/903/22.06.2022 și 50764/904/22.06.2022;
- Documentul constatator nr. 50717/895/22.06.2022;
- Documentul constatator nr. 50767/906/22.06.2022;
- Documentul constatator nr. 50761/903/22.06.2022;
- Documentul constatator nr. 50764/904/22.06.2022.

Ca prim aspect, este de reținut că autoritatea contractantă a respins oferta societății contestatoare pentru existența a 10 documente constatatoare, cu incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră (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: ... g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.*

Dintre cele 10 documente constatatoare reținute de achizitoare, se constată că pentru 5 dintre acestea, nr. 1591/25.03.2019 emis de Universitatea și nr. 3981/28.10.2019, 259/21.01.2020, 260/21.01.2020 și 261/21.01.2020, toate patru emise de SA, sunt aplicabile prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră (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:** ... 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.*

Constatând că aceste 5 certificate constatatoare au fost emise în perioada 25.03.2019 – 21.01.2020, se constată că, pentru cel mai recent dintre acestea, emis la data de 21.01.2020, la data de depunere a ofertelor 28.04.2023, expirase perioada de 3 ani de la data apariției situației, astfel încât nu exista pentru acestea obligația de a le declara în DUAE.

Prin urmare, motivul de respingere a ofertei cu referire la aceste 5 documente constatatoare este considerat eronat reținut.

Cât privește celelalte documente constatatoare, emise de Direcția de Asistență Socială și Protecția Copilului, la data de 22.06.2022, se constată din verificarea acestora că au fost emise pentru îndeplinirea necorespunzătoare a contractului.

Ori, pentru îndeplinirea necorespunzătoare a acestora, ofertanta în mod corect le-a indicat în anexa la DUAE.

Pentru faptul că aceste documente au fost atacate la instanța de contencios administrativ, nu înseamnă că nu trebuiau avute în vedere de achizitoare la verificarea incidenței prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Documentele constatatoare în discuție produc efecte juridice pentru că instanța nu a dispus măsura suspendării, astfel că, se bucură, pe deplin, de prezumția de bună – credință a oricărui act administrativ.

În acest sens este și Decizia civilă nr. 391/21.01.2018, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal din care s-a reținut "... **situația juridică este valabilă și în privința Documentelor constatatoare** ... emise de Societatea Națională de Transport Feroviar de Călători "CFR ..." SA, **până la anularea definitivă sau suspendarea executării acestora de către instanța de judecată competentă, acestea continuă să producă efectele juridice în vederea cărora au fost emise.**"

Mai mult, se constată că dintre cele 5 documente constatatoare negative, doar 4 au fost atacate pe calea contenciosului administrativ, documentul constatator nr. 50765/905/22.06.2022 emis de aceeași instituție, Asistență Socială și Protecția Copilului, nefiind contestat.

Pe de altă parte, pentru faptul că autoritățile contractante nu au respectat termenul legal la publicarea documentelor constatatoare în SEAP, conform art. 166 alin. (5) din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 395/2016, nu înseamnă că acestea nu puteau fi declarate în DUAE sau avute în vedere de autoritatea contractantă în perioada de evaluare a ofertelor.

Totodată, este de reținut și incidența în cauză a prevederilor art. 171 alin. (1) - (3²) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora, **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.

Astfel, deși avea posibilitatea de a lua măsuri pentru a-și demonstra credibilitate prin raportare la motivele de excludere constatate, potrivit prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, societatea contestatoare a preferat să nu adopte niciun fel de măsuri, fapt de altfel consemnat și în cuprinsul DUAЕ-ului depus: " Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră („autocorectare”)? **NU**".

Mai mult, nici din cuprinsul contestației nu rezultă că, ulterior, ar fi revenit asupra acestui aspect și ar fi luat măsuri pentru a-și dovedi credibilitatea potrivit prevederilor mai sus redată.

În acest context, este relevantă decizia Curții Europene de Justiție, în cauza C-267/18 împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, în care s-au statuat următoarele:

26 Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101)

al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se

vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18,

EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

27 Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și

32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

28 Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

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

(...)

34 În plus, revine sarcina să aprecieze dacă, prin neinformarea sa cu privire la rezilierea contractului nr. 1, ATE nr. 2 nu cumva a adoptat un comportament prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24. Astfel, după cum a arătat în esență domnul avocat general la punctul 53 din concluziile sale, această dispoziție cuprinde atât un comportament activ,

precum o falsificare, cât și o omisiune, din moment ce comunicarea de informații false este, în aceeași măsură ca disimularea unor informații adevărate, susceptibilă să aibă un impact asupra deciziei luate de autoritatea contractantă.

35 Această interpretare este de altfel confirmată de articolul 57 alineatul (5) al doilea paragraf din Directiva 2014/24, potrivit căruia, „[î]n 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, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4)”.

(...)

37 În sfârșit, în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze

dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat

sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante.

Ca efect al principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este cea abilitată să analizeze posibilele dovezi depuse și să stabilească dacă sunt suficiente pentru a permite menținerea ofertantului în procedură.

În sensul celor de mai sus a conchis și Curtea de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, în Decizia sa nr. 259 din 11 iunie 2019, vizând o speță referitoare la aplicarea prevederilor similare din Legea nr. 99/2016, în care a reținut, între altele:

Tot legiuitorul a stabilit o situație de excepție de la aplicarea acestor dispoziții imperative, respectiv cea prevăzută de art. 184 din Legea nr. 99/2016, excepție potrivit căreia entitatea contractantă "nu exclude din procedura de atribuire un operator aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177 , 178 și 180 care atrag excluderea din procedură atunci când consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității".

Însă, stabilirea incidenței acestei **situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii** statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, comisiei de evaluare din cadrul entității contractante revenindu-i sarcina de a stabili dacă, prin documentele depuse, ofertantul demonstrează, în concret, credibilitatea sa.

Așadar, operatorul economic aflat într-una din situațiile de excludere trebuie să prezinte dovezi suficiente, de natură a demonstra în concret și a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa.

Prin urmare, dispozițiile invocate de reclamantă instituie, pe de o parte, posibilitatea operatorului economic aflat într-una din situațiile de excludere, de a aduce dovezi concrete pentru a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa, pe de altă parte, dreptul autorității contractante de a aprecia suficiența acestor dovezi.

Așadar, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiilor prevăzute la art.180 (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 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.

Ca efect al principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este entitatea abilitată să analizeze dovezile depuse și să stabilească dacă sunt suficiente pentru a permite menținerea ofertantului în procedură, Consiliul sau instanța având doar menirea de a verifica exercitarea dreptului de apreciere fără depășirea limitelor sale.

Totodată, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat: 28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[a]utoritățile 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 situațiile [menționate la această dispoziție]”. Astfel, din textul dispoziției respective **rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.**

29. În al treilea rând, **posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți**, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.

(...)

34. Or, 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.**

Revenind la speță, se constată că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că, ulterior primirii informațiilor legate de documentele constatatoare publicate, constatând că nu au fost luate măsuri care să îi demonstreze credibilitatea, prin raportare la situațiile care au determinat emiterea documentelor constatatoare, a apreciat că nu există o relație de încredere, astfel încât să intre într-o relație contractuală cu operatorul economic.

Față de considerentele reținute, Consiliul constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind că se impune măsura excluderii din procedură a operatorului economic, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea menținerii în procedură a unui operator economic aflat în această situație, Consiliul nu poate interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate, ceea ce nu este cazul în speță.

În hotărârea din Cauza C-395/18 Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze, CJUE a reținut: Trebuie amintit că posibilitatea sau chiar obligația autorității contractante de a exclude un operator economic de la participarea la o procedură de achiziții publice este menită în mod special să îi permită acestuia să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre operatorii economici. În special, motivul facultativ de excludere menționat la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază **un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea primului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de cel de al doilea** (a se vedea prin analogie Hotărârea din 3

octombrie 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18,

EU:C:2019:826, punctul 26 și jurisprudența citată).

Așadar, se poate conchide că au fost corect aplicabile dispozițiile art. art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în raport de cele declarate în DUAE.

Cât privește susținerile contestatoarei în referire la faptul că procentul certificatelor constatatoare negative este foarte mic în comparație cu procentul constatatoarelor pozitive, iar valoarea contractelor încheiate pe parcursul activității sale este foarte mare în comparație cu valorile penalităților aplicate conform documentelor constatatoare negative, este de reținut că, prin raportare la legislația în materie, aceste aspecte nu sunt de natură a-i demonstra credibilitatea,

legislația aplicabilă indicând explicit măsurile care se pot adopta în acest sens.

Totodată, trimiterea contestatoarei la decizia Consiliului nr. 746/C5/686, 702 din 03.04.2023 (și nu 8071/686,745/C5 cum a indicat prin contestație), nu poate fi reținută ca fiind relevantă, având în vedere că fiecare autoritate contractantă are dreptul de apreciere asupra documentelor constatatoare declarate de ofertanți, neputându-se constata astfel existența autorității lucrului judecat în speța analizată, cu referire la modul în care au fost avute în vedere documentele constatatoare în discuție într-o altă procedură de atribuire, de către o altă autoritate contractantă.

Pentru aceste motive, constatând că în mod corect a fost respinsă oferta depusă de SRL, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de aceasta.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de 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, respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....