CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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: 2019

Prin contestația nr. 108/23.08.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 32969/09.08.2019, formulată de SC ..... SRL cu sediul în ....., str. ....., județul ....., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ....., având cod unic de înregistrare ....., împotriva raportului procedurii nr. H80201 din 13.08.2019, emis de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., jud. ....., în cadrul procedurii licitație deschisă având ca obiect „.....", cod CPV: 15000000-8, s-a solicitat:

- anularea în parte a raportului procedurii, în privința loturilor contestate (1,2,4,6,7,12,13,14,15,17,18,20,23,25,37,40,44), excluderea de la procedură, în aceste limite, a participanților ..... (ofertanți care se află sub incidența unor motive de excludere) și desemnarea unor noi câștigători pentru aceste loturi contestate, dintre cei care îndeplinesc condițiile legale.

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

În fapt contestatorul precizează că a participat la procedura de atribuire inițiată de autoritatea contractantă depunând oferte pentru loturile contestate precizate mai sus.

Contestatorul consideră că desemnarea drept conforme a ofertelor depuse de ....., cu care se va semna acordul cadru (potrivit pct. IV.1.3 din documentația de atribuire, numărul maxim preconizat de semnatari ai acordului cadru este de 3), este nelegală, întrucât toți acești ofertanți se află sub incidența a două motive de excludere dintre cele

prevăzute la art. 167 – .....SRL se află sub incidența cazurilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, iar SC ..... SA se află sub incidența cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, contestatorul susține că acest caz de excludere pe care își bazează contestația vizează, doar ofertanții SC ..... SRL.

Astfel, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care 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.

Legea mai prevede că, în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

Cu privire la ofertantul SC ..... SRL, contestatorul arată că potrivit datelor publicate în SEAP, societății SC .....SRL i s-a emis de către autoritatea contractantă ..... documentul constatator nr. 20963/08.01.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică - contract subsecvent nr. 1/118337 din 13.10.2017.

Documentul constatator menționează faptul că s-a procedat la rezilierea contractului, față de împrejurarea că societatea nu a livrat întreaga cantitate contractată.

Cu privire la ofertantul SC ..... SRL, contestatorul arată că și în acest caz, potrivit datelor publicate în SEAP, societății SC ..... SRL i s-a emis de către autoritatea contractantă Unitatea Militară 0461 București

documentul constatator nr. 748503/08.11.2018, care atestă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de achiziție publică - acord cadru nr. 146/23.10.2018 - furnizare lapte praf.

Documentul constatator menționează faptul că s-a procedat la rezilierea contractului, față de comunicarea făcută de către furnizor (SC ..... SRL) autorității contractante, în sensul că nu poate semna niciun contract subsecvent întrucât nu mai poate susține prețul ofertat.

Astfel, s-a subliniat că au fost încălcate grav obligațiile principale asumate prin semnarea acordului cadru, cu referire la articolul potrivit căruia prețul unitar prezentat în propunerea financiară va fi ferm pe toată perioada de derulare și nu se ajustează.

De asemenea, se mai arată că neasigurarea cantității necesare de lapte praf conduce la încălcarea normelor de protecție, având în vedere că acest produs are destinația de aliment de protecție ce se acordă personalului unităților beneficiare care lucrează în condiții periculoase.

Având în vedere cele prezentate, contestatorul apreciază că acești ofertanți se regăsesc în ipoteza textului legal citat anterior - art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fiind îndeplinite cerințele cumulative, respectiv:

- încălcarea gravă a obligațiilor contractuale;
- încetarea anticipată a contractului de achiziție publică din cauza acestei încălcări.

Prin urmare, consideră că se impune excluderea acestor ofertanți din procedura de achiziție publică, de la ivirea situației prevăzute la art. 167 trecând o perioadă mai mică de 3 ani (art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016).

Cu privire la incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, contestatorul precizează că acest caz de excludere îl vizează doar pe ofertantul SC ..... SA.

Potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

Noțiunea de abatere profesională gravă este definită în alin. (3) al aceluiași articol, respectiv: *„în sensul dispozițiilor alin. 1 lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi <u>încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel</u> care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă”*.

Concret, contestatorul arată că prin Decizia nr. 83/24.11.2016 a Consiliului Concurenței, s-a constatat încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996 republicată, de către mai

multe societăți, printre care și SC ..... SA, prin realizarea unei practici concertate de împărțire a pieței.

Cu privire la acest aspect, contestatorul susține că din informațiile publice existente pe portalul instanțelor de judecată, reiese că SC .....SA a contestat această decizie, litigiul formând obiectul dosarului nr. 3279/2/2017 al Curții de Apel București. Prin sentința civilă nr. 4890/12.12.2017 Curtea de Apel București a respins cererea de suspendare și cererea de anulare a deciziei nr. 83/24.11.2016.

Contestatorul susține că dosarul se află în prezent în recurs pe rolul ICCJ, fiind în faza de raport (fără prim termen fixat).

Contestatorul consideră relevant faptul că până la acest moment Decizia Consiliului Concurenței nu a fost nici suspendată și nici anulată de vreo instanță judecătorească, prin urmare se bucură, potrivit legii, de prezumția de legalitate și temeinicie (ICCJ a statuat în Decizia nr. 498/02.02.2010 a Secției de contencios administrativ și fiscal că *„este de principiu că actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, prezumție care, la rândul său, se bazează pe prezumția de autenticitate și de veridicitate, de unde decurge că a nu executa un act administrativ emis în baza legii echivalează cu a nu executa legea";* de asemenea Curtea Constituțională arată, în Decizia nr. 757/2017 că *„principiul comportamentului loial dintre autoritățile și instituțiile publice se exprimă prin respectarea prezumției de legalitate a actului administrativ emis*").

Față de această împrejurare, consideră că este evident faptul că ofertantul se află sub incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, întrucât a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar acest lucru se poate demonstra prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

Totodată, precizează că de la data emiterii Deciziei Consiliului Concurenței a trecut un interval mai mic de 3 ani, astfel că ofertantul declarat câștigător nu se poate prevala de dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Lege.

Cu privire la incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, contestatorul precizează că acest caz de excludere îi vizează, pe toți cei trei ofertanți contestați în prezenta procedură.

Potrivit acestui text legal se află într-un caz de excludere operatorul economic care s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.

Contestatorul susține că toți cei trei ofertanți vizați prin prezenta contestație se regăsesc și în acest caz de excludere întrucât, cu ocazia completării DUAE, nu au dus la cunoștința autorității contractante motivul de excludere prevăzut la litera g) (SC ..... SRL), respectiv litera c) (SC .....SA), în care se află.

În acest sens arată că DUAE reprezintă un document unic de achiziții european, furnizat în format electronic, are un format standard stabilit de Comisia Europeană, și constă în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție. Practic, un operator trebuie să răspundă la întrebările din DUAE prin completarea câmpurilor corespunzătoare DA sau NU.

Contestatorul arată că Partea a III-a a DUAE este dedicată Motivelor de excludere.

• Unul din aceste motive de excludere se referă la *„încetarea anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*", iar întrebarea este formulată în felul următor *„Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un alt contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?*"

Contestatorul susține că dacă SC ..... SRL ar fi completat câmpul corespunzător răspunsului DA, DUAE ar fi generat un alt câmp în care ofertanții ar fi putut oferi explicații pertinente autorității contractante, astfel încât aceasta, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016 (care permite operatorilor ca, și în cazul existenței motivelor de excludere, să ofere dovezi care să arate că măsurile luate de aceștia sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere), să facă propriul examen al incidenței cazului de excludere.

Referitor la acest aspect arată că cei doi ofertanți nu au procedat astfel, ci au bifat câmpul corespunzător răspunsului NU, motiv pentru care autoritatea contractantă nu a avut posibilitatea să afle despre existența rezilierilor anterioare, pe care le-a dovedit contestatorul cu existența certificatelor constatatoare.

• Un alt motiv de excludere prevăzut expres în DUAE se referă la *„Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței*", iar întrebarea este formulată în felul următor *„Operatorul economic a încheiat acorduri cu alți operatori economici care au ca obiect denaturarea concurenței?"*

Și în acest caz consideră că dacă SC .....SA ar fi completat câmpul corespunzător răspunsului DA, DUAE ar fi generat un alt câmp în care operatorul poate oferi explicații pertinente autorității contractante, astfel încât aceasta, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016, să facă propriul examen al incidenței cazului de excludere.

Însă, consideră că SC .....SA nu a procedat astfel, ci a bifat câmpul corespunzător răspunsului NU, motiv pentru care autoritatea contractantă nu a avut posibilitatea să afle despre existența cazului de excludere.

Întrucât documentația de atribuire (inclusiv modul de completare a DUAE) nu a fost contestată, contestatorul consideră că aceasta este obligatorie atât pentru autoritate - obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică 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 cât și pentru participanți care trebuie să o respecte întocmai.

Contestatorul invocă și dispozițiile art. 137 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme; *„oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”.*

Cu privire la dispozițiile legale generale referitoare la cazurile de excludere, contestatorul invocă în susținerea criticilor sale și dispozițiile art. 169 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora autoritatea contractantă *„exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire*

în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

În acest sens arată că dispozițiile legii sunt formulate la modul imperativ, excluderea fiind sancțiunea care trebuie să intervină în cazul incidenței vreuneia dintre ipotezele legale.

Contestatorul prezintă în cadrul contestației practică judiciară privind situații similare cu care s-a confruntat.

Astfel, arată că în cadrul unei proceduri organizate de Centrul de îngrijire și Asistență pentru Persoane Adulte cu Handicap Mislea, a contestat în fața CNSC faptul că ofertantul câștigător pentru unul din loturi se afla sub incidența acelorași motive de excludere ca cele prezentate în cauza de față.

Prin Decizia nr. 695/C9/604 din 06.05.2019 CNSC a respins contestația sa cu motivarea principală că nu a făcut dovada existenței motivului de excludere prevăzut la litera g), întrucât nu a prezentat un certificat constatator negativ, ci doar o adresă de reziliere.

Nemulțumit de soluția pronunțată, contestatorul susține că a formulat plângere împotriva acesteia, dedusă spre soluționare Curții de Apel ....., cauza formând obiectul dosarului nr. 328/42/2019.

Prin Sentința nr. 792/07.06.2019, Curtea de Apel ..... a decis: „Admite plângerea. Modifică Decizia CNSC nr. 695/C9/604 din data de 06.05.2019, anulează în parte Raportul procedurii de atribuire nr. 1100/05.04.2019 în sensul excluderii participantului desemnat câștigător pentru Lotul nr. 13, SC FALCONS SRL. Obligă autoritatea contractantă să desemneze un nou câștigător dintre cei care îndeplinesc condițiile legale. Definitivă".

Prin urmare, arată că printr-o hotărâre definitivă, instanța a achiesat la punctul său de vedere, în sensul existenței cazurilor de excludere privind pe ofertantul contestat la acel moment, iar aceasta deși acelui ofertant nici măcar nu i se emisese certificat constatator negativ, cum este cazul celor doi ofertanți din cauza de față.

Cu referire la acest aspect, contestatorul arată că instanța a subliniat în motivarea sa un aspect deosebit de important, care se aplică și în prezenta cauză, respectiv că *„Este adevărat că nu orice document constatator conduce la respingerea ofertantului, dar, în speță, având în vedere notificarea de reziliere ce atestă neîndeplinirea obligațiilor asumate într-un alt contract de achiziții publice și atitudinea intervenientului care nu a declarat în prezenta procedură această neexecutare, Curtea apreciază că se impune admiterea plângerii (...)."*

Curtea a reținut astfel ceea ce a subliniat și contestatorul la pct. 2 anterior, respectiv că deși legea permite teoretic unei autorități să aprecieze asupra motivului de excludere de la litera g), prin aplicarea dispozițiilor art. 171, exercitarea acestei marje de apreciere are ca premisă declarația onestă făcută de participantul aflat în situația în care i

s-a aplicat anterior sancțiunea rezilierii, în sensul de a prezenta în cadrul DUAE situația sa juridică.

În cadrul altei proceduri organizate de autoritatea contractantă Penitenciarul Giurgiu, contestatorul susține că a contestat de asemenea faptul că unii dintre ofertanții câștigători se aflau sub incidența unor motive de excludere.

Ofertanții din contestația respectivă erau chiar SC .....SRL, cărora le-a imputat aceleași motive de excludere ca cele din prezenta cauză, bazate pe aceleași documente constatatoare.

Prin Decizia nr. 1111/C9/1177 din 09.07.2019, CNSC a admis contestația sa, a anulat parțial raportul procedurii (în limitele loturilor ce au fost contestate) și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse de cele două societăți.

Printre altele, arată că în motivarea sa Consiliul a reținut:

Referitor la SC ..... SRL - *„ .. se poate observa că, în formularul DUAE prezentat de SC ..... COM SRL, la capitolul Motive de excludere, pct. 3, subpunctul încetare anticipată, daune interese, alte sancțiuni comparabile, s-a indicat NU”*; *„Față de modul de completare a DUAE, astfel cum a susținut și societatea contestatoare, devin incidente dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. H din legea 98/2016 (...)"*; *„în mod evident, declarația inițială a SC ..... SRL, în care a bifat cu NU la subpct. încetare anticipată, daune-interese, alte sancțiuni comparabile, a avut efect asupra a ceea ce urma să verifice autoritatea contractantă în privința motivelor de excludere. Indiferent de aprecierea proprie a ofertantei asupra legalității întocmirii documentului în discuție, contestatoarea era obligată să declare existența acestuia*." *„Trecând la analiza îndeplinirii cerințelor art. 167 alin. 1 lit. G din legea 98/2016, în privința documentului de reziliere 20963/PBRB/08.01.2018, emis de Penitenciarul București-Rahova, Consiliul constată că sunt întrunite condițiile pentru excluderea ofertantului”*.

Referitor la SC ..... SRL - *„Se poate observa din înscrisurile prezentate că ofertanta nu și-a îndeplinit obligațiile principale din cadrul acordului-cadru nr. 143/23.10.2018 și nu a semnat niciun contract*

subsecvent. Nesemnarea contractelor subsecvente reprezintă o încălcare gravă care a condus la rezilierea acordului-cadru. Contrar susținerilor autorității contractante din punctul său de vedere, faptul că este vorba despre un acord-cadru nu înseamnă că nu sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. G din legea 98/2016. Totodată, se reține că ofertanta nu a declarat în DUAE existența documentului constatator, fiind îndeplinite condițiile art. 167 alin. 1 lit. II din legea 98/2016".

Contestatorul mai arată că raționamentul potrivit căruia nedeclararea existenței certificatului constatator în cadrul documentației de atribuire atrage incidența cazului de excludere de la lit. h) este susținut și prin Decizia nr. 493/29-05-2017 a Curții de Apel Brașov (disponibilă pe site-ul www.rolii.ro).

În cadrul acestei decizii se arată că *„Raportat la aceste înscrisuri, instanța constată că petenta se încadrează în ipoteza prevăzută de art. 167 alin.1 lit. G din Legea nr. 98/2016 în sensul că pe de o parte și-a încălcat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice iar aceste încălcări au dus la rezilierea anticipată a contractelor nr. 76/08.10.2012, nr. 51/08.08.2013 și nr. 77/08.10.2012 încheiate cu Direcția Silvică Tulcea sau la plata de daune-interese în cazul contractului de prestări servicii nr. 78/08.10.2012.*

În ceea ce privește acest din urmă contract este de menționat că textul art. 167 alin. 1 lit. g nu cere îndeplinirea cumulativă a consecințelor menționate, fiind suficient ca încălcarea obligațiilor contractuale să producă fie rezilierea, fie plata de daune interese, astfel încât și nerespectarea obligațiilor izvorâte din contractul nr. 78/08.100.2012 se încadrează în ipoteza menționată deși contractul nu a fost reziliat însă petenta a fost obligată la plata sumei de 21.507, 56 lei reprezentând prejudiciu provenit din acest contract.

(...) De altfel, legalitatea respectivelor documente poate fi contestată în instanță potrivit art. 97 indice 1 alin.5 din HG nr. 925/2006 însă petenta nu a făcut dovada promovării unei astfel de acțiuni în justiție.

Ca urmare a reținerii incidenței situației prevăzute de art. 167 alin.1 lit. G devine incident și cazul prevăzut de art. 167 alin.1 lit. H din Legea nr. 98/2016 întrucât operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante, necomunicând acesteia împrejurările la care se face referire la lit. G."

De asemenea, contestatorul arată că în cadrul unei proceduri de achiziție publică organizată de autoritatea contractantă Spitalul Clinic de Boli Infecțioase și Tropicale „Dr. Victor Babeș", a contestat faptul că ofertantul câștigător SC ..... SA se afla sub incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În concret, susține că a imputat acestui ofertant aceleași fapte ca cele din prezenta cauză, bazate pe aceeași decizie a Consiliului Concurenței.

Prin Decizia nr. 646/C1/549 din 23.04.2019, CNSC a admis contestația sa, a anulat parțial raportul procedurii (în limitele loturilor ce au fost contestate) și a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depusă de SC .....SA.

Contestatorul arată că în motivarea sa Consiliul a reținut incidența ambelor motive de excludere. Redă câteva pasaje relevante - *„Analizând DUAE completat de ofertantul ..... SA, Consiliul constată că acesta din urmă, la secțiunea Motive de excludere, rubrica Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave (...), răspunsul a fost NU. (...) Or, în condițiile în care potrivit Deciziei nr. 83/24.11.2016 Consiliul Concurenței a constatat încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. 1 lit. C din legea concurenței nr. 21/1996 republicată, sancționând ..... SA cu o amendă în cuantum de 136.860 lei, Consiliul reține că ofertantul în cauză a omis să menționeze acest aspect în DUAE, fiind incidente dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. H din Legea 98/2016*"; *„Prin urmare, în condițiile în care, până la data prezentei, decizia Consiliului Concurenței nr. 83/24.11.2016 nu a fost suspendată sau anulată de vreo instanță judecătorească, fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii, contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu”.*

Totodată, menționează că Decizia CNSC a rămas definitivă prin Decizia civilă nr. 412/27.06.2019 a Curții de Apel București, prin care s-a respins plângerea SC ..... SA împotriva soluției CNSC.

În susținere, depune un set de documente.

În data de 27.08.2019, anexat contestației originale înregistrată la Consiliu sub nr. 33259, SC ..... SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205685860/1, tranzacția: 889090140/ 1638491914 din data de 23.08.2019, emisă de CEC Bank – unitatea Victoria, în valoare de 5.245,00 lei.

Prin adresa nr. H82777/28.08.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 33577/28.08.2019, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precizând următoarele:

- SC ..... SRL a adus la cunoștința autorității contractante documentul constatator nr. 20936/08.01.2018 emis de Penitenciarul București-Rahova, ca anexă la contestația nr 108/23.08.2019. Prin adresa formulată, SC ..... SRL solicită excluderea din cadrul procedurii a ofertantului SC .....COM SRL invocând prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016;

- întrucât comisia de evaluare nu a avut cunoștință despre existența documentului constatator, a fost încheiat raportul procedurii cu nr. H80201/13.08.2019, în urma căruia au fost declarați câștigătorii în SEAP; - urmare a primirii contestației, comisia a analizat documentul constatator nr. 20936/08.01.2018 emis de ..... și a constatat că nu sunt făcute mențiuni cu privire la eventuale prejudicii aduse unității, și neexistând caracterul de repetabilitate comisia de evaluare a apreciat că SC .....SRL nu și-a încălcat *„în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice*" așa cum este stipulat în articolul 167 alin (1) lit g) din Legea nr. 98/2016;

- SC ..... SRL a contestat și participarea SC ..... SRL la procedura menționată, având în vedere documentul constatator nr. 748503/08.11.2018 emis de către UM 0461 București, care atestă neîndeplinirea acordului cadru nr 146/23.10.2018;

- din analiza documentului în cauză comisia constată faptul că documentul face referire la un acord cadru și nu la un contract subsecvent așa cum se prevede în art. 166 din HG nr. 395/2016 *„(1) Autoritatea 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 (...)*".

În ceea ce privește participarea SC ..... SA autoritatea contractantă supune atenției următoarele aspecte:

- SC ..... SRL invocă excluderea întrucât participantul s-a aflat sub incidența art. 167 lit. c) din Legea nr. 98/2016;

- SC ..... SA, în conformitate cu decizia Consiliului Concurenței nr 83 din 24.11.2016, a fost investigat pentru comportamentul avut în perioada 2010-2011. Ca urmare a faptului că nu există o hotărâre judecătorească definitivă comisia de evaluare consideră aplicabile dispozițiile art. 171 al (5) lit. c) care prevăd: *„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".

Analizând prevederile legale autoritatea contractantă precizează că a luat hotărârea de a nu exclude participanții din cadrul procedurii de achiziție publică.
Având în vedere considerentele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de SC ..... SRL.
Prin adresa nr. 109/29.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 33857/30.08.2019, SC ..... SRL a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul arată că prin punctul de vedere asupra contestației autoritatea contractantă solicită respingerea contestației sale, invocând trei aspecte:

1. Legat de ofertantul SC .....SRL, nu avea cunoștință de Documentul constatator nr. 20963/08.01.2018, dar în urma analizării acestuia a constatat că nu reflectă îndeplinirea condițiilor de la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016;

2. Legat de ofertantul ..... SRL, documentul prezentat de contestator nu face referire la un contract, ci la un acord cadru, deci nu poate fi luat în considerare;

3. Legat de SC .....SA, decizia Consiliului Concurenței face referire la fapte din perioada 2010-2011, de la care a trecut un interval mai mare de 3 ani, deci faptele nu mai pot fi avute în vedere.

În drept, contestatorul consideră că niciunul dintre argumentele autorității contractante nu poate fi primit.

1. Referitor la SC ..... SRL, contestatorul susține că documentul constatator reflectă în mod evident îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016. Astfel, documentul menționează faptul că s-a procedat la rezilierea contractului, față de împrejurarea că societatea nu a livrat întreaga cantitate contractată. Asupra acestui act s-a pronunțat CNSC printr-o decizie anterioară, respectiv Decizia nr. 1111/C9/1177 din 09.07.2019 , din care citează: *„Trecând la analiza îndeplinirii cerințelor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în privința documentului de reziliere 20963/PBRB/08.01.2018, emis de Penitenciarul București-Rahova,*

Consiliul constată că sunt întrunite condițiile pentru excluderea ofertantului".

2. Referitor la SC ..... SRL, faptul că documentul prezentat de contestator nu poate fi luat în considerare întrucât se referă la un acord cadru, iar nu la un contract, reprezintă, în opinia contestatorului un argument incorect din punct de vedere juridic. Dacă este adevărat că Normele metodologice utilizează noțiunea de contract, tot atât de adevărat este că și un acord cadru este tot un contract (o relație contractuală). Contractul reprezintă, potrivit dispozițiilor art. 1166 Cod civil, acordul de voință dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic. Contractul se referă astfel la relația juridică dintre două persoane (fizice sau juridice), indiferent de titulatura acestuia.

De altfel, arată că în Decizia nr. 1111/C9/1177 din 09.07.2019 CNSC a analizat acest document, concluzionând: *„Se poate observa din înscrisurile prezentate că ofertanta nu și-a îndeplinit obligațiile principale din cadrul acordului-cadru nr. 143/23.10.2018 și nu a semnat niciun contract subsecvent. Nesemnarea contractelor subsecvente reprezintă o încălcare gravă care a condus la rezilierea acordului-cadru. Contrar susținerilor autorității contractante din punctul său de vedere, faptul că este vorba despre un acord-cadru nu înseamnă că nu sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din legea 98/2016"*.

3. Referitor la SC ..... SA, argumentul potrivit căruia decizia Consiliului Concurenței nu poate fi luată în considerare întrucât se referă la fapte petrecute în intervalul 2010-2011, deci în urmă cu mai mult de 3 ani, este în opinia contestatorului de asemenea incorect din punct de vedere juridic; autoritatea contractantă nu ține cont de jurisprudența obligatorie a CJUE, pe care de altfel a și citat-o contestatorul în cuprinsul contestației; astfel, instanța europeană a statuat în cauza C-124/17 Vossloh Laeis GmbH împotriva Stadtwerke Munchen GmbH, *„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"*; ceea ce este relevant deci în privința SC ..... SA este împrejurarea că de la data emiterii deciziei Consiliului Concurenței a trecut un interval mai mic de 3 ani.

Contestatorul mai arată că autoritatea contractantă nu a făcut aprecieri, în punctul său de vedere, cu privire la cel de-al doilea caz de excludere pe care l-a învederat, respectiv cel de la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Astfel arată că autoritatea contractantă face uitată împrejurarea deosebit de importantă, că toți acești trei ofertanți se fac vinovați de declarații false în cadrul DUAE, făcute cu scopul de a nu putea fi verificate cauzele de excludere în care s-ar putea afla.

Legea este deosebit de clară în acest sens și este evident că acest caz de excludere operează independent de cel de la lit. g), întrucât întrebarea este formulată în DUAE la modul în care a expus-o în contestație, impunând deci ca ofertanții să declare rezilierile anterioare, urmând ca în urma informațiilor obținute, autoritatea să poată decide dacă aceste rezilieri se încadrează sau nu la litera g). Chiar dacă s-ar considera că rezilierile nu se încadrează la litera g), ele tot trebuie declarate, omisiunea de a face acest lucru echivalând cu o declarație falsă, deci cu plasarea ofertanților sub incidența acestui caz de excludere.

În cazul SC .....SA, declarația falsă constă în omisiunea de a menționa Decizia Consiliului Concurenței. Contestatorul susține că, deși uită să analizeze acest caz de excludere, autoritatea contractantă recunoaște totuși că nu a avut cunoștință de certificatele negative, prin urmare admite că ofertanții au furnizat declarații false.

Contestatorul consideră că o altă eroare a autorității contractante este aceea că a analizat pertinența certificatelor negative emise ofertanților contestați, deși analiza este tardivă în acest cadru, ea trebuia făcută numai după și dacă ofertanții declară în DUAE situațiile de rezilieri anticipate și dau explicațiile pe care le consideră pertinente: numai atunci autoritatea poate analiza dacă prin aceste explicații ofertanții dau dovezi de credibilitate, iar nu în acest moment ulterior emiterii raportului final.

Legat de motivul de la lit. h), contestatorul arată că prin Decizia nr. 1111/C9/1177 din 09.07.2019 CNSC a constatat incidența acestuia în cazul ofertanților SC ..... SRL și SC ..... SRL: *„(...) se poate observa că, în formularul DUAE prezentat de ..... SRL, la capitolul Motive de excludere, pct. 3, subpunctul încetare anticipată, daune interese, alte sancțiuni comparabile, s-a indicat NU."*; *„Față de modul de completare a DUAE, astfel cum a susținut și societatea contestatoare, devin incidente dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. H din legea 98/2016 (...)"*; *„în mod evident, declarația inițială a SC ..... SRL, în care a bifat cu NU la subpct. încetare anticipată, daune-interese, alte sancțiuni comparabile, a*

avut efect asupra a ceea ce urma să verifice autoritatea contractantă în privința motivelor de excludere. Indiferent de aprecierea proprie a ofertantei asupra legalității întocmirii documentului în discuție, contestatoarea era obligată să declare existența acestuia."; în privința SC .....: *„Totodată, se reține că ofertanta nu a declarat în DUAE existența documentului constatator, fiind îndeplinite condițiile art. 167 alin. 1 lit. h din Legea 98/2016”*.

Totodată contestatorul arată că motivul de la lit. h) (dar și cel de la lit. c)) au fost constatate de către CNSC în privința SC ..... SA prin Decizia nr. 646/C1/549 din 23.04.2019 CNSC: *„Analizând DUAE completat de ofertantul ....., Consiliul constată că acesta din urmă, la secțiunea Motive de excludere, rubrica Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave (...), răspunsul a fost NU. (...) Or, în condițiile în care potrivit Deciziei nr. 83/24.11.2016 Consiliul Concurenței a constatat încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. 1 lit. C din legea concurenței nr. 21/1996 republicată, sancționând ..... cu o amendă în cuantum de 136.860 lei, Consiliul reține că ofertantul în cauză a omis să menționeze acest aspect în DUAE, fiind incidente dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. H din Legea 98/2016*"; *„Prin urmare, în condițiile în care, până la data prezentei, decizia Consiliului Concurenței nr. 83/24.11.2016 nu a fost suspendată sau anulată de vreo instanță judecătorească, fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii, contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu”*.

Pentru toate cele invocate, contestatorul solicită înlăturarea tuturor argumentelor autorității contractante și admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

.....-....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă având ca obiect încheierea acordului cadru „.....”, cod CPV: 15000000-8, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. .....2019. Criteriul de atribuire ales este: prețul cel mai scăzut.

Având în vedere că obiectul contestației formulate îl constituie modul în care autoritatea contractantă a desemnat câștigători pe: SC ..... în cadrul loturilor: 1, 2, 4, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 23, 25, 37, 40 și 44, ofertanți care s-ar afla sub incidența unor motive de excludere prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016, Consiliul îl va analiza în cele ce urmează prin raportare la prevederile documentației de atribuire și legislația specifică în materie.

Astfel, în Fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, s-a impus ca: *„Persoanele juridice/fizice române/străine - ofertanții, terții*

susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerințe: Se va completa DUAE conform art. 193, alin. (1) din Legea nr. 98/2016, completându-se secțiunile aferente cerințelor, urmând ca formularul anexat prezentei documentații să fie completat și prezentat doar la solicitarea autorității contractante la finalizarea evaluării ofertelor, ofertanților clasați pe primele 3 locuri".

Din interpretarea cerinței mai sus iterate, rezultă fără echivoc că ofertanții au obligația de a declara în cadrul DUAE dacă se află sau nu în una din situațiile prevăzute la art. 164, art. 165, art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică 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.

Analizând formularul DUAE (care constituie declarația pe propria răspundere a ofertantului, că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016), completat de către SC ..... SRL, Consiliul constată că aceștia au bifat ***„NU"*** la secțiunea Motive de excludere, pct. C – Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, - Încetare anticipată, daune – interese sau alte sancțiuni comparabile: *„Operatorul economic 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 legăturile cu respectivul contract anterior".*

Situația este similară și în cazul SC ..... SA, deoarece și aceasta la rubricile: *„Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”* și *„Vinovat de comiterea unor abateri profesionale grave”*, a bifat cu ***„NU”***.

Or, în condițiile existenței documentelor constatatoare nr. 20963/ 08.01.2018 (emis de Penitenciarul Rahova pentru SC .... SRL), nr. 748503/08.11.2018 (emis de Unitatea Militară 0461 în cazul SC .....SRL) și a Deciziei nr. 83/24.11.2016 a Consiliului Concurenței (în cazul SC .....SA) rezultă că ofertanții în cauză aveau obligația declarării în DUAE a documentelor respective prin bifarea răspunsului **„DA”** la secțiunea corespunzătoare și de a depune în susținerea neîncadrării în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, a unor documente suplimentare cu privire la validitatea acestui act, astfel cum dispun prevederile art. 171 alin. (1), (2), (3) și (5) din același act normativ: *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a 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. (...) (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".

Din interpretarea textului legal mai sus iterat rezultă că existența unui document constatator/decizie negativ/negativă nu atrage automat excluderea de la procedură, cu condiția ca, ofertantul în cauză să declare existența acestui document în cadrul formularului DUAE și să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Cu referire mai întâi la ofertanții SC ..... SRL și SC ..... COM SRL, Consiliul reține că, declararea documentelor constatatoare emise de Penitenciarul Rahova (înscris disponibil spre consultare publică fiind publicat în SEAP sub nr. 103333/09.01.2018), respectiv Unitatea Militară 0461 (publicat în SEAP sub nr. AD1002591/27.12.2018) era cu atât mai imperios necesară, cu cât, din analiza acestora rezultă neîndeplinirea obligațiilor contractuale, fapt ce a determinat rezilierea contractelor în cauză.

Oferirea unor informații nereale în cadrul DUAE este sancționată de legiuitor prin dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, conform cărora: *„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: (...) h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate".*

În acest sens este și Hotărârea CJUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza C-387/14 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwolawcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 25 iulie 2015, primită de Curte la 14 august 2014, în procedura Esaproject sp. Z.o.o.

împotriva Wojewodztwo Lodzkie, s-a reținut printre altele, că: *„(...) un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziții publice în cazul în care s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă sau nu a furnizat aceste informații (....)*”.

În ceea ce privește regimul documentelor constatatoare, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice:

- art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Autoritatea 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 (...)”*;
- art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016: *„Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare”;*
- art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016: *„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”;*
- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”;*
- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016: *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ,* ***neexecutarea contractului****, livrarea / prestarea / executarea unor produse / servicii / lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract”;*

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că, potrivit art. 166 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, *„(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:*

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice" și

„(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".

De asemenea, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004: *„În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond”*, iar conform art. 15 alin. (1) din aceeași lege *„Suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța va putea dispune suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond”.*

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la

capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004. Mai mult, din analiza documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că aceste documente constatatoare nu au fost contestate în condițiile legii.

Față de aceste aspecte și având în vedere faptul că, la dosar nu au fost depuse alte înscrisuri, Consiliul constată că documentele constatatoare nr. 20963/08.01.2018 (emis de Penitenciarul Rahova pentru SC .....SRL) și nr.748503/08.11.2018 (emis de Unitatea Militară 0461 în cazul SC ..... SRL), până la pronunțarea unei hotărâri definitive și irevocabile sau revocarea lor de către autoritățile emitente, sunt în vigoare și își produc efectele juridice.

Orice act administrativ are forță juridică obligatorie atât față de persoanele fizice sau juridice cărora li se adresează cât și față de autoritatea care l-a emis, ținută să-l respecte ea însăși, pe tot parcursul valabilității lui. Această obligativitate a actului administrativ derivă din faptul că el este dat pe baza și în executarea legii și, din această cauză, se bucură de prezumția de legalitate.

De asemenea, actul administrativ este executoriu de îndată, fără a fi necesară întocmirea unor formalități ulterioare, ca în cazul unei hotărâri judecătorești rămasă definitivă care, pentru a fi executată, trebuie investită cu formulă executorie.

Cu toate acestea există unele situații și condiții anume reglementate de lege, prin care aplicarea actului administrativ poate fi întrerupt temporar sau definitiv, respectiv în cazul suspendării, revocării și anulării actului administrativ.

Prin suspendare se înțelege situația în care actul administrativ, fără a fi desființat, nu se mai aplică în mod temporar și provizoriu. Suspendarea aplicării poate fi hotărâtă fie de organul emitent al actului, fie de către organul ierarhic superior, ceea ce în speță nu e cazul, deoarece nu există niciun înscris emis de autoritatea contractantă în acest sens.

Potrivit prevederilor art. 14 din Legea nr. 554/2004, SC ..... SRL și SC ..... SRL aveau posibilitatea ca, în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, după sesizarea, în condițiile art. 7 din același act normativ, a autorității publice care a emis actul sau a autorității ierarhic superioare, să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ unilateral până la pronunțarea instanței de fond. Această cerere de suspendare se putea solicita și printr-o cerere separată și chiar anterior cererii adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului

atacat, instanța având obligația de a soluționa cererea de suspendare, de urgență și cu precădere, cu citarea părților, suspendarea executării actului administrativ având ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării (în cazul în care persoana vătămată nu introduce acțiunea în anularea actului în termen de 60 de zile, suspendarea încetează de drept și fără nicio formalitate).

În speță, Consiliul reține că nu s-a depus la dosarul cauzei nicio hotărâre pronunțată de vreo instanță judecătorească cu privire la suspendarea executării actelor administrative emise până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei, hotărâre care ar fi fost executorie de drept.

Având în vedere aceste aspecte și ținând cont de faptul că actele administrative în cauză nu a fost revocate (retrase de către însăși organele care l-au emis ori ce către organul ierarhic superior acestuia sau de instanța de judecată) sau anulat (măsura luată de către organul ierarhic superior celui care a adoptat sau emis actul sau de instanța de judecată prevăzută de lege, care face să înceteze efectele juridice ale acestui act), la dosar nefiind depuse documente/ înscrisuri/alte mijloace de probă în acest sens, ele își produc în continuare efecte juridice.

După cum a reținut și **Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2199 din 14 aprilie 2009,** actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, în același timp fiind și executoriu din oficiu.

Analizând documentele constatatoare în speță, Consiliul constată următoarele:

Referitor la prima condiție impusă de lege: *„ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior”,* din cuprinsul documentelor constatatoare invocate se constată că lucrările care au făcut obiectul contractelor nu au fost executate din culpa societății SC ..... SRL respectiv SC ..... SRL deoarece aceștia

nu și-au respectat obligațiile principale în cadrul contractelor de achiziție publică, respectiv nu au livrat în totalitate sau au refuzat livrarea produselor la prețul atribuit, așadar încălcarea obligațiilor principale prin însăși natura lor este gravă.

A doua condiție impusă de lege: *„încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile”*, din cuprinsul documentelor constatatoare, se constată că nerespectarea obligațiilor contractuale de către cei doi ofertanți a avut ca și consecință încetarea contractelor prin reziliere și implicit necesitatea reluării procedurilor necesare în vederea livrării produselor nelivrate cu un alt operator economic.

Rolul acestor documente constatatoare emise în baza legislației achizițiilor publice este de a oferi celorlalte autorități contractante informații cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea corespunzătoare de către ofertanți a obligațiilor asumate precum și cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare a acestora în ceea ce privește situația lor personală, astfel încât autoritatea contractantă să poată preveni producerea unor prejudicii datorită derulării defectuoase a acestora.

În Decizia nr. 4407/2015, Curtea de Apel București a reținut că *„raportat la Directiva 18/2004/CE în Secțiunea 2 a Capitolului VII la art. 45 – Situația personală a candidatului sau a ofertantului, alineatul (2) sunt enumerate criteriile care pot conduce la excluderea ofertanților dintr-o procedură. Mai concret, litera d) din cuprinsul alineatului respectiv indică faptul că poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic „care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica”.*

În speța **C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs. Poczta Polska S.A.** care a avut ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwotawcza (Polonia) privind interpretarea art. 45 (2) litera (d) din Directiva 2004/18/CE coroborat cu articolul 53 (3) și cu articolul 54 (4) din Directiva 2004/17/CE, Curtea a arătat următoarele:

- „noțiunea „abatere gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă;

- constatarea existentei unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză;

- reglementarea națională [din legea poloneză] impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care „sunt imputabile" acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior;

- noțiunea „motive imputabile" este foarte largă și poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa [...] noțiunea „abatere gravă", nu poate fi înlocuită cu noțiunea „motive imputabile" operatorului economic în cauză.

De asemenea, Curtea a reținut că, deși din cuprinsul articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/17 reiese ca autoritățile contractante pot stabili criterii de selecție calitativă în plus față de criteriile de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18, totuși, conform unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 45 alineatul (2) din această din urmă directivă enumeră în mod exhaustiv cauzele care pot să justifice excluderea unui operator economic de la participarea la un contract pentru motive, întemeiate pe elemente obiective, privind calitățile sale profesionale și se opune, în consecință, ca statele membre să completeze lista pe care o cuprinde cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională".

În ceea ce privește, ofertantul SC .....SA, Consiliul apreciază că, deși pe deplin aplicabile cele reținute mai sus cu privire la documentele constatatoare, în speță se impun considerațiile ce urmează.

Astfel, pentru a determina ce se înțelege prin abatere profesională gravă, este relevant de avut în vedere dispozițiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 care stipulează că: *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează*

trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă”.

Or, în condițiile în care potrivit **Deciziei nr. 83/24.11.2016**, Consiliul Concurenței a constatat încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, sancționând SC .....SA cu o amendă în cuantum de 139.860 lei, Consiliul reține că, ofertantul în cauză a omis să menționeze acest aspect în DUAE, fiind incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, conform cărora: *„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: (...) h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate*”.

De asemenea, în prezenta procedură erau aplicabile și dispozițiile:

- art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative”.*

În soluționare Consiliul reține și faptul că prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. c) și alin. (5) din **Directiva 2014/24/UE**, care stipulează: *„(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa (...). (5) În orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4)”.*

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 para. (1) al Directivei 2014/24/UE: *„Autorităților contractante ar trebui să li se ofere în continuare posibilitatea de a exclude operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili, de exemplu din motive de încălcare a obligațiilor de mediu sau sociale, inclusiv a normelor privind accesibilitatea pentru persoanele cu handicap sau alte forme de comitere a unei abateri profesionale grave,*

cum ar fi încălcări ale normelor de concurență sau a drepturilor de proprietate intelectuală. Ar trebui să se clarifice faptul că abaterile profesionale grave pot arunca un dubiu asupra integrității unui operator economic și astfel fac ca operatorul economic să devină inadecvat pentru a i se atribui un contract de achiziții publice, chiar dacă operatorul economic deține capacitatea tehnică și economică de a executa contractul".

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative dacă ofertantul a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, cum ar fi încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Condițiile arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precizare citată mai sus, în sensul că perioada de timp scursă de la data apariției evenimentului relevant constând în Decizia Consiliului Concurenței nr. 83/24.11.2016 care atestă încălcarea regulilor de concurență de tip cartel să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În acest sens, nu este lipsită de relevanță nici Hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-124/17 Vossloh Laeis GmbH împotriva Stadtwerke Munchen GmbH, invocată de contestator, care la considerentul 42 statuează că *„(...) 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"*

De asemenea, Consiliul reține că, **Decizia nr. 83/24.11.2016** a Consiliului Concurenței, fiind un act administrativ, ofertantul

SC .....SA avea la îndemână exercitarea unui drept în temeiul art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, potrivit cărora: *„În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond”*, iar conform art. 15 alin. (1) din aceeași lege *„Suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța va putea dispune suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond*”.

Or, din informațiile publice existente pe portalul instanțelor de judecată, Consiliul reține că, deși SC ..... SA a contestat Decizia Consiliului Concurenței nr. 83/24.11.2016, cauza formând obiectul dosarului nr. 3279/2/2017 al Curții de Apel București, prin **sentința civilă nr. 4890/12.12.2017, instanța a respins atât cererea de suspendare cât și cea de anulare a deciziei atacate.**

Prin urmare, în condițiile în care, până la data prezentei, Decizia Consiliului Concurenței nr. 83/24.11.2016 nu a fost suspendată sau anulată de vreo instanță judecătorească, fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu.

Față de aceste aspecte și având în vedere faptul că la dosar nu au fost depuse alte înscrisuri, Consiliul constată că Decizia Consiliului Concurenței, până la pronunțarea unei hotărâri definitive și irevocabile sau revocarea ei de către autoritatea emitentă, este în vigoare și își produce efectele juridice.

Raportat la prevederile art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme. În condițiile art. 215 alin. (4) din lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: ... b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă*” și ținând seama că potrivit art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are atribuția de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertelor aparținând SC ..... SRL, SC ..... SRL și SC ..... SA este întemeiată, urmând să fie admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor va admite contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., va anula raportul procedurii în ceea ce privește loturile nr. 1, 2, 4, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 23, 25, 37, 40 și 44 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor legale, a documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 15 zile.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., va anula raportul procedurii în ceea ce privește loturile nr. 1, 2, 4, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 23, 25, 37, 40 și 44 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea prevederilor legale, a documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 15 zile.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 24 (douăzeci și patru) pagini.