str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.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:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., formulată de către..., cu sediul social în str..... nr...., sector..., înmatriculată la... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată convențional de... - Cabinet de Avocat, împotriva rezultatului, emis de către....., cu sediul în șos..... nr...., sector....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea încheierii unui „Acord cadru de produse -24 luni Echipamente data center -8 loturi” - lot 5, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr...., s-a solicitat:

1. Anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr...., anularea în parte a raportului procedurii de atribuire nr...., a proceselor-verbale din procedură, precum și a oricăror alte decizii și/sau acte incidente, anterioare și/sau subsecvente, în ceea ce privește respingerea ofertei... și anularea procedurii de atribuire;
2. Obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei... și declararea acesteia admisibilă și câștigătoare.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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... solicită cele redate în partea introductivă.

... arată că autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire având ca obiect încheierea unui acord-cadru pentru furnizarea de echipamente data center, aferent loturilor 1-8. Pentru lotul 5, oferta sa a

fost declarată admisibilă, obținând punctajul maxim de 100% și ocupând primul loc în clasament.

În urma verificării documentelor constatatoare aferente a două contracte anterioare, comisia de evaluare a reținut inițial că întârzierile la livrare, sancționate prin penalități contractuale achitate, nu au produs prejudicii autorităților contractante și nu întrunesc condițiile unui motiv de excludere prevăzut de art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Ulterior, în urma..., autoritatea contractantă și-a schimbat poziția și a respins oferta... ca inacceptabilă, în temeiul art.... alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, considerând că răspunsul „NU” din DUAE reprezintă o declarație incorectă. Ca urmare a respingerii ofertei, procedura pentru lotul 5 a fost anulată, întrucât nu a mai rămas nicio ofertă admisibilă.

Contestatoarea susține că a completat corect DUAE, întrucât simpla existență a unor documente constatatoare sau aplicarea unor penalități de întârziere nu determină automat incidența unui motiv de excludere. Pentru aplicarea art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016... îndeplinite cumulativ condițiile referitoare la încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor contractuale principale și la producerea unor consecințe precum încetarea anticipată a contractului, plata de daune-interese ori aplicarea unor sancțiuni comparabile. În speță, contractele nu au fost încetate anticipat, penalitățile au fost achitate, iar documentele constatatoare nu au indicat existența unor prejudicii.

De asemenea... arată că documentele constatatoare erau publice în SEAP și puteau fi consultate de autoritatea contractantă, iar aceasta nu avea obligația de a declara în DUAE situații contractuale care nu constituiau motive legale de excludere. În consecință, răspunsul „NU” nu putea fi calificat drept declarație falsă în lipsa demonstrării existenței unui motiv de excludere.

Contestatoarea mai susține că autoritatea contractantă a procedat nelegal și disproporționat, schimbând concluzia evaluării inițiale fără o analiză concretă a situației și fără a solicita clarificări suplimentare. Totodată, aceasta nu i-a oferit posibilitatea de a prezenta și demonstra eficiența măsurilor de remediere și restabilire a credibilității, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016, deși contestatoarea cooperase cu autoritatea și făcuse dovada achitării penalităților.

În aceste condiții, contestatoarea solicită constatarea nelegalității deciziei de respingere a ofertei și, pe cale de consecință, a deciziei de anulare a lotului 5, întrucât lipsa ofertelor admisibile a rezultat exclusiv din respingerea nelegală a ofertei sale. Totodată, solicită accesul la dosarul cauzei, cu rezervarea dreptului de a-și completa argumentele după studierea acestuia.

În punctul său de vedere nr.... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr...., autoritatea contractantă susține că excluderea contestatoarei nu a fost dispusă în temeiul art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ci în temeiul lit. h) și i), ca urmare a completării necorespunzătoare a DUAE și a furnizării unor informații considerate

înșelătoare. În opinia sa, contestatoarea confundă condițiile referitoare la încălcarea gravă a obligațiilor contractuale cu obligația de a declara corect informațiile solicitate în DUAE. Caracterul public al documentelor constatatoare în SEAP nu înlătură obligația ofertantului de a completa declarația în mod corect și complet.

Autoritatea contractantă arată că, în urma evaluării inițiale, oferta... a fost declarată admisibilă și câștigătoare a lotului 5..., ulterior, controlul ex-ante al ANAP a evidențiat nedeclararea situațiilor contractuale anterioare și a determinat reevaluarea ofertei. Consideră că informațiile furnizate au influențat procesul de evaluare și că excluderea constituie o măsură obligatorie, necesară respectării principiului tratamentului egal între ofertanți.

Totodată, autoritatea contractantă susține că mecanismul măsurilor de remediere și de restabilire a credibilității, prevăzut de art. 171 din Legea nr. 98/2016, nu poate fi invocat pentru a înlătura consecințele unei conduite considerate de rea-credință, iar prezentarea tardivă a explicațiilor privind plata penalităților nu poate justifica nedeclararea inițială a informațiilor.

În concluzie, autoritatea contractantă apreciază că respingerea ofertei... a fost legală, iar anularea lotului 5 este justificată, întrucât, în urma excluderii acesteia, nu a mai rămas nicio ofertă admisibilă.

Prin înscrisul nr...., înregistrat la Consiliu cu nr..... a depus note scrise.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că... a transmis recipisa de consemnare nr...., eliberată de..., la data de..., din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de..., pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr.....

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... Militară..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o licitație deschisă, în vederea atribuirii acordului-cadru având ca obiect „...” - lot 5, publicată în SEAP prin anunțul de participare nr..... Valoarea estimată a achiziției este de..., fără TVA, iar valoarea estimată a lotului contestat este de... fără TVA.

Contestatorul este nemulțumit de modalitatea în care a fost evaluată oferta sa.

Referitor la criticile contestatorului cu privire la neîncadrarea în situația prevăzută de art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține următoarele:

- Art....

„(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; ”
(...)
(8) 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.”*

- Art. 171

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și... 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... le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la e****fectuarea 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.*
(3^1) ***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****.*
(3^2) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3^1) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.”

Dispozițiile art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva.../24/UE „Au*torități*le *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: (...) dac****ă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.***

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 parag. (2) și (3) al Directivei.../24/UE „Ț*inând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să*

*dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern. Ac**estea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror pe**rformanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un co**mportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic.** Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.*

*Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante **ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității**. **Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale**. Cu toate acestea, **cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui**."*

Potrivit prevederilor citate mai sus, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- 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;

- încălcare gravă a obligațiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea contractului ori livrarea/prestarea/executarea unor produse /servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației avute în vedere de entitatea contractantă, ori executarea unor lucrări care nu respectă cerințele caietului de sarcini, sau un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea operatorului economic;

- aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Astfel, pentru a decide dacă, în cazul... este incident cazul de excludere stabilit la art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016... stabilită îndeplinirea cumulativă a condițiilor stabilite de legiuitor.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art.... alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, a fost emis un documentul constatator, de natura celor întâlnite în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

... subliniat că, potrivit la art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art.... alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit 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, după cum urmează (...)*", iar conform alin. (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.... alin. (1) lit. g) din Lege”**.*

Drept urmare, concluzia la care s-a ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din HG nr. 395/2016, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate...., așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator... să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document „reflectă *îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art.... alin. (1) lit. g) din Lege.”*

Consiliul subliniază faptul că din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele documentelor constatatoare, nu rezultă că efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/sectorial, a operatorului economic pentru care a fost emis.

Raționamentul de mai sus se regăsește și în opinia instanțelor, spre exemplu... stabilind, în motivarea deciziei civile nr.... din..., următoarele: *„Curtea constată că este nefondată critica recurentei-reclamante potrivit căreia, certificarea de către pârâtă la pct. 8 lit. b) a neexecutării corespunzătoare a contractului subsecvent nr.... încheiat de asocierea... și..., reprezentată de liderul asocierii..., în calitate de prestator și achizitorul... de Administrare a..., prin... de Drumuri și..., este abuzivă, netemeinică, nelegală și cauzatoare de prejudicii, în sensul în care acest document o va exclude în viitor din procedura de atribuire a unui alt contract de achiziție publică/acord -cadru viitor pentru că, această excludere nu operează automat în baza documentului constatator, cum greșit se susține de către recurenta-reclamanta, ci în urma evaluării de **ansamblu a comportamentului contractual al reclamant**ei, astfel cum rezultă din prevederile art.... alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016 din... mai.... Potrivit legii, decizia de respingere a unui candidat/ofertant pe baza unui document constatator se face de către comisia de evaluare care are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art.... alin. (1) lit. g) din Lege, respectiv, dacă operatorul economic și-a î**ncălcat 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, și*

*dacă a**ceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, la plata de daune- interese sau la alte sancțiuni comparabile.***
*Din conținutul documentului constatator nr. 10/... din 12... emis de către pârâtă la finalizarea contractului subsecvent, recurentei-reclamante i se impută **încălcarea unei singure obligații contractuale, resp**ectiv, cea prevăzute la art.... alin. 2 și nu a altor obligații contractuale, nefiindu-i imputată încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, motiv pentru care acest document nu o va exclude automat în viitor din procedura de atribuire a unui alt contract de achiziție publică/acord -cadru viitor, așa cum susține."*

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

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a practicii **CJUE:**

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

*„34 Astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul (4) din Directiva.../24 că le**giuitorul 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... să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.***
*38. Astfel, **puterea de apreciere pe care articolul 57** alineatul (4) din Directiva.../24 o **conferă autorității contractante este paralizată prin simplul fapt al introducerii de către un candidat sau un ofertant a unei acțiuni îndreptate împotriva rezilierii unui contract anterior de achiziții publice al cărui semnatar era,** chiar dacă comportamentul său a părut suficient de deficient pentru a justifica această reziliere.*
40. Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57 alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă, urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate

suficiente, operatorul economic în cauză nu... să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic... să dovedească că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația, și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri".

- cauza C-465/11, având ca obiect o cerere de decizie preliminară în procedura..... sp. z o.o. împotriva..., potrivit căreia „Articolul 45 alineatul (2) primul para*graf litera (d) din Directiva.../18/CE a... și a Consiliului din 31 martie... privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii... interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care prevede că există o abatere* ***profesională gravă care conduce la excluderea automată a operatorului economic în cauză de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice în curs în ipoteza în care, din motive imputabile acestui operator economic, autoritatea contract<u>antă a reziliat, a anulat sau a denunțat unilat</u>eral un contract de achiziții publice precedent încheiat cu operatorul menționat, dacă rezilierea, anularea ori den****unțarea unilaterală a contractului a survenit într-un interval de trei ani înainte de inițierea procedurii în curs, iar valoarea părții neexecutate din contractul de achiziții publice precedent se ridică la cel puțin 5 % din valoarea totală a acestui contract.*

Principiile și normele dreptului Uniunii în materia contractelor de achiziții publice nu justifică, în temeiul protejării interesului public și a intereselor legitime ale autorităților contractante, precum și pentru menținerea unei concurențe loiale între operatorii economici, impunerea printr-o reglementare națională, precum cea în discuție în litigiul principal, a unei obligații în sarcina unei autorități contractante de a exclude în mod automat de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator într-o ipoteză precum cea vizată de răspunsul la prima întrebare preliminară".

- cauza **C-472/..**., CJUE s-a pronunțat referitor la regimul măsurilor corective destinate să dovedească restabilirea fiabilității unui operator economic vizat de un motiv de excludere astfel:

„16 În această privință... amintit că, în temeiul articolului 38 alineatul (9) primul paragraf din Directiva.../23, orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate, printre altele, la alineatul (4) al acestui articol poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței motivului relevant de excludere, și că, dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedură. Această dispoziție introduce astfel un mecanism de măsuri corective (selfcleaning-) [a se vedea prin analogie, în ceea ce privește articolul 57 alineatul (6) din Directiva.../24/UE a... și a Consiliului din 26 februarie... privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei.../18/CE (JO..., L..., p. 65), care este echivalentul articolului 38 alineatul (9) din Directiva.../23, Hotărârea din 30 ianuarie..., Tim, C395/18, EU: C:...: 58, punctul 49 și jur-isprudența citată].

*17 Din modul de redactare a articolului 38 alineatul (9) primul paragraf din Directiva.../23 reiese că, prin faptul că prevede că or****ice operator economic poate furniza dovada măsurilor corective luate,*** *această dispoziție conferă operatorilor economici un drept pe care statele membre...* ***<u>să îl garant</u>****<u>eze cu oca</u>****zia transpunerii acestei directive, cu respectarea condițiilor stabilite de aceasta din urmă".*

- În cauza **C-267/18**... de Construcții și... împotriva... de Administrare a..., CJUE s-a pronunțat astfel:

*„25 Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva.../24, legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sa****rcina de a aprecia dacă un***

***candidat sau un ofertant... să fie exclus de la o procedură de achiziție publică (Hotăr**ârea din... iunie..., Meca, C-41/18, EU: C:...:..., punctul 34).*
*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.../24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive ar**e 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... iunie..., Meca, C-41/18, EU: C:...:..., punctele 29 și 30).*
*... **Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune..., 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 acord**e o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a** se vedea în acest sens Hotărârea din... iunie..., Meca, C-41/18, EU: C:...:..., punctele 30 și 32). Astfel, acest **principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În a**ceastă 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.../24 reiese că neregula săvârșită de ofertant... 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.../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... 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. (...**)*
37 (...) în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva.../24, autoritatea contractantă..., 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".
- În cauza C**6-82/21** „..." UAB ș.a. împotriva Vilniaus miesto savivaldybės administracija, CJUE s-**a** pronunțat astfel:
*„47 Prin urmare, **nu se poate admite ca un asemenea operator economic, în cazul rezilierii contractului** respectiv din cauza unor deficiențe semnificative sau persistente*

*la executarea acestuia, **să fie calificat în mod automat ca nefiabil și să facă obiectul unei excluderi temporare, fără evaluarea în prealabil a comportamentului său, în mod concret și individualizat, în lumina tuturor elementelor relevante**.*
*48 Este, desigur, permis unui stat membru să prevadă, în cazul stabilirii condițiilor de aplicare a motivului facultativ de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva.../24, o prezumție potrivit căreia se consideră că orice operator economic responsabil de iure pentru buna executare a unui contract de achiziții publice a contribuit, în cadrul executării acestui contract, la dezvoltarea sau la menținerea deficiențelor semnificative sau persistente care au condus la rezilierea contractului menționat. Cu **toate acestea, atunci când contractul respectiv a fost atribuit unui grup de operatori economici ale căror contribuții individuale la aceste deficiențe și la eventualele eforturi făcute pentru a le remedia nu sunt în mod necesar identice, o asemenea prezumție... să fie refragabilă, în caz contrar existând riscul de a aduce atingere caracteristicilor esențiale ale acestui motiv facultativ de excludere și principiului proporționalității amintit la articolul 18 alineatul (1) din această directivă.***
*49 Astfel, **independent de răspunderea juridică solidară a membrilor unui asemenea grup, aplicarea motivului facultativ de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva.../24... să se întemeieze pe caracter**ul necorespunzător sau neglijent al acestui comportament individual.***
*50 Prin urmare, într-o situație precum cea în discuție în litigiul principal, fiecare membru al grupului, responsabil de iure pentru buna executare a unui contract de achiziții publice..., înainte de a fi înscris pe lista furnizorilor nefiabili și de a fi supus, pentru acest motiv, regimului de excludere temporară de la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, să aib**ă posibilitatea de a stabili că deficiențele care au condus la rezilierea acestui contract nu aveau legătură cu comportamentul său individual. Atun**ci când se dovedește, în urma unei aprecieri concrete și individualizate a comportamentului operatorului vizat în lumina tuturor elementelor relevante, că acesta nu se afla la originea deficiențelor constatate și că nu i se putea cere în mod rezonabil să facă mai mult decât a făcut pentru a remedia aceste deficiențe, Directiva.../24 se opune înscrierii sale pe lista furnizorilor nefiabili (a se vedea prin analogie Hotărârea din 7 septembrie..., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-9... /..., EU: C:...: 700, punctele 157 și 158).*
*... Această interpretare nu este infirmată de posibilitatea operatorului vizat de a evita excluderea participării la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice demonstrând, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din Directiva.../24, că a adoptat măsuri corective, precum cele enumerate în mod ilustrativ în considerentul (102) al acestei directive. A**stfel, nu se poate impune unui asemenea operator să demonstreze că a adoptat măsuri corective chiar dacă comportamentul său individual nu are legătură cu deficiențele care au condus la rezilierea contractului.***
52 Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, este necesar să se răspundă la a doua întrebare că articolul 18 alineatul (1) și articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva.../24... interpretate în sensul că se opun unei reglementări sau unei practici naționale potrivit căreia, atunci când autoritatea contractantă reziliază un contract de achiziții publice atribuit unui grup de operatori economici ca urmare a unor deficiențe semnificative sau persistente care au cauzat neîndeplinirea unei cerințe de fond în cadrul acestui contract, orice membru al grupului respectiv este în mod automat înscris pe o listă de furnizori nefiabili și este astfel împiedicat temporar, în principiu, să participe la noi proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice.
(...)
*54 După cum s-a arătat la punctul 50 din prezenta hotărâre, f**iecare membru al grupului ofertant câștigător..., în c**az**ul rezilierii contractului din cauza unor***

deficiențe semnificative sau persistente, să aibă posibilitatea, înai*nte de a fi înscris pe o listă de furnizori nefiabili și de a fi supus, pentru acest motiv, regimului de excludere temporară din procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, să dem****onstreze că comportamentul său individual în cadrul executării acestui contract nu avea legătură cu aceste deficiențe.***

55 Pentru a dovedi că comportamentul său individual nu se află la originea deficiențelor menționate și că, pe de altă parte, nu i se putea cere în mod rezonabil să facă mai mult decât a făcut pentru a le remedia, operatorul economic vizat... să fie în măsură să invoce orice element pe care îl consideră relevant.

*56 Astfel, termenii care figurează la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva.../24 nu precizează în ce împrejurări... să se considere că un membru al unui grup de operatori economici este sau nu este implicat în deficiențele care au condus la rezilierea contractului. Prin urmare, această dispoziție permite f****iecărui membru al unui grup ofertant câștigător să invoce orice element, propriu situației sale sau celei a unui terț, susceptibil să demonstreze că acest motiv de excludere nu îi poate fi aplicat.***

57 ***Revine autorității contractante a contractului reziliat*** *și, dacă este cazul, instanței sesizate cu o cale de atac sarcina* ***de a stabili, în cadrul aprecierii concrete și individualizate care se impune în temeiul principiului proporționalității*** *amintit la articolul 18 alineatul (1) din directiva menționată****, ponderea care... acordată fiecărui element invocat.***

58 Având în vedere ceea ce precedă, este necesar să se răspundă la a treia întrebare că articolul 18 alineatul (1) și articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva.../24... interpretate în sensul că un operator economic care este membru al unui grup ofertant câștigător al unui contract de achiziții publice poate să invoce, în cazul rezilierii acestui contract pentru nerespectarea unei cerințe de fond, pentru a dovedi că înscrierea sa pe o listă de furnizori nefiabili este nejustificată, orice element, inclusiv referitor la terți, precum partenerul principal din cadrul acestui grup, susceptibil să demonstreze că nu se află la originea deficiențelor care au condus la rezilierea contractului menționat și că nu i se putea cere în mod rezonabil să facă mai mult decât a făcut pentru a remedia aceste deficiențe''.

Astfel, chiar și în situația existenței unor abateri grave, ofertantul nu poate fi exclus de drept, ci autoritatea contractantă... să realizeze propria sa evaluare independent de răspunderea juridică solidară a membrilor unui asemenea grup iar aplicarea motivului facultativ de excludere prevăzut la art.... alin. (1) lit. g) să se întemeieze pe caracterul necorespunzător sau neglijent al acestui comportament individual.

..., determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Încă o dată, Consiliul subliniază că excluderea operează numai dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, se reține faptul că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezenta unor astfel de dovezi, pe care

autoritatea contractată să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv. Această dispoziție permite operatorului economic să invoce orice element, propriu situației sale, susceptibil să demonstreze că acest motiv de excludere nu îi poate fi aplicat.

Consiliul observă..., că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

În speță, autoritatea contractantă invocă existența documentelor constatatoare nr.... și nr...., sens în care a solicit contestatorului prin adresa nr.... următoarele clarificări:

„"La secțiunea ""încetare anticipata, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile"" din formularul DUAE ați răspuns NU.
Comisia de evaluare a identificat in SEAP la secțiunea opțiuni privind derularea contractului-Nerespectarea termenelor contractuale si /sau a duratei de execuție a contractului existenta a 2 documente constatator nedeclarate astfel: certificat constatator încărcat in SEAP cu nr... si certificat constatator încărcat in SEAP cu nr.... În condițiile existentei documentelor constatatoare mai sus menționate clarificați răspunsul dvs din secțiunea ""încetare anticipata, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile" din formularul DUAE depus.
Vă rugăm să clarificați situația.""

Prin adresa din data de... contestatorul a răspuns astfel:

„Subscrisa..., (...), ca urmare a solicitării de clarificări nr...., prin care ne solicitați clarificări și documente relevante pentru documentul constatator AD1135... /..., emis de... 0149F... si documentul constatator nr.... emis de către Universitatea din... (”...”), în vederea eliminării eventualelor incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența situației de excludere vă transmitem în cele ce urmează clarificările și precizările necesare astfel:
*a) Referitor la documentul constatator nr.... emis in data de... de către Universitatea din... publice, precizăm ca Universitatea din... nu a apreciat situația ca fiind o încălcare gra**vă a contractului de achiziție publică, produsele furnizate au respectat cerințele de c**alitate impuse, fără a exista prejudicii aduse autorității. **Existența unor întârzieri în livrare este men**ționată… nu este reținută și descrisă ca fiind o încălcare gravă a contractului care să fi determinat **încetarea an**ticipată a contractului sau cauzarea unor prejudicii autorității ori necesitatea aplicării unor sancțiunii comparabile, de natura celor indicate în art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.*
*b) În ceea ce privește documentul constatator nr. CAD-...1 emis in data de... de către SERVICIUL DE PROTECTIE SI PAZA -... 0149F..., în care se menționează “Au fost înregistrate zile de înt**ârziere la livrare produselor: Pentru loturile…… au fo**st 41 zile de întârziere și pentru lotul 2 au fost 89 zile de întârziere. Au fost reținute penalități de întârzieri confor**m prevederilor contractuale. Contractantul a fost de acord** cu plata acestor penalități care au fost reținute din valoarea totala a contractului si virate la...”.*
*Transmitem **atașat prezentei documente prin care confirmam plata penalităților**.”*

În soluționare, Consiliul reține că operatorul a completat corect documentul DUAE, în niciunul dintre documentele invocate de contestatoare nefiind plătite daune interese, ci doar penalități de întârziere în cuantum modic. Respectivele contractele nu au fost

reziliate, ci au fost duse la final, cu minime întârzieri, fără..., a se reține obligații de plată a daunelor interese, ci doar a unor penalități de întârziere care au fost achitate potrivit dovezilor anexate răspunsului la clarificări.

Consiliul reține relevanța și a Notificării cu privire la situația de excludere reglementată de art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, emisă de ANAP, citată în punctul de vedere al autorității contractante, fiind pe deplin aplicabilă și speței în discuție:

„Un prim aspect care... clarificat în legătură cu situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări vizează situația în care un contract conține clauze de aplicare a unor penalități pentru încălcarea anumitor obligații.

*În acest caz, **aplicarea de penalități conform clauzelor contractuale**, în cadrul unui contract de achiziții publice/sectoriale/de concesiune, aduce operatorul economic în cauză în situația de excludere prevăzută la art.... alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2**016 numai în măsura în care neîndeplinirea obligațiilor respective/întârzierea în îndeplinirea acestora reprezintă o abatere gravă sau în cazul în unor abateri/întârzieri repetate.***

*În același timp, **este important de subliniat că legea permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere** care face obiectul prezentei Notificări în cazul în care acesta **poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la plata penalităților** sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate.”*

Prin urmare, neîntâlnindu-se ipotezele reglementate de lege, nu se pune problema existenței unor informații false.

În orice situație, chiar dacă abaterile ar fi grave, autoritatea contractantă este cea care apreciază, în concret, gravitatea, ori în cazul de speță, aceasta a apreciat că abaterile nu sunt grave. De altfel, a aprecia că orice abatere, oricât de mică, atrage respingerea ofertantului, nu coincide cu principiile și normele dreptului Uniunii în materia contractelor de achiziții publice, reguli care nu justifică, în temeiul protejării interesului public și a intereselor legitime ale autorităților contractante, precum și pentru menținerea unei concurențe loiale între operatorii economici, respingerea operatorilor pentru abateri minore.

Sancțiunea respingerii operatorilor pe o perioadă de 3 ani este una dură, astfel că legiuitorul unional și cel național au creat mecanisme de salvgardare a concurenței, interesul fiind promovarea sa.

Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă are o marjă de apreciere largă în ceea ce privește selectarea operatorilor economici...., contrar susținerilor autorității contractante, în ceea ce privește incidența motivelor de excludere prevăzute la art.... din Legea nr. 98/2016, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia un **operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul respectiv poate să fie/să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea.**

În cauză, din cercetarea realizată, s-a desprins concluzia că cele două documente constatatoare au fost emise pentru livrări întârziate pentru care au fost aplicate penalități, care au fost achitate de către contestator,

Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a verificat cu rigurozitatea impusă de lege, situațiile documentelor constatatoare, iar în virtutea dreptului său de apreciere, a reținut că societatea contestatoare... respinsă, în contra informațiilor certe care rezultă din actele care i-au fost prezentate din care rezultă credibilitatea sa.

Față de aceste aspecte, criticile sunt întemeiate urmând a fi admise.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de... în contradictoriu cu... Militară..., va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va dispune reevaluarea ofertei depusă de... potrivit prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

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

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu... Militară..., anulează raportul procedurii și actele subsecvente și dispune reevaluarea ofertei depusă de... potrivit prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii 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.

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

Redactat practicaua deciziei:...

... în 4 exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.