

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

DECIZIE

Nr. 1113/C9/957

Data: 30.05.2022

Prin contestația nr. 74524/20.04.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20553/20.04.2022, depusă de în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Materiale sanitare 1* CPV 33140000-3-Consumabile medicale (Rev. 2), loturile 11, 12, 13, contestatoarea a solicitat admiterea contestației și, pe cale de consecință, anularea rezultatului procedurii de atribuire și a actelor care au stabilit rezultatul procedurii de atribuire contestat, respectiv comunicarea nr. 04716/13.04.2022, anularea parțială a raportului procedurii, doar în privința celor reclamate în cadrul contestației și orice alte acte interne anterioare și/sau subsecvente, incidente, conexe acestora emise de către autoritatea contractantă prin care oferta ... a fost declarată câștigătoare și situată pe locul 1; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei situate pe locul 1 cu considerarea celor expuse, respectiv constatarea caracterului inacceptabil al .. stabilirea în mod legal și corect a clasamentului procedurii de atribuire; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale și, pe cale de consecință, stabilirea în mod legal și corect a clasamentului procedurii de atribuire, respectiv obligarea .. atribuirea contractului către aceasta, în considerația dispozițiilor art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016.

... a formulat cererea de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante nr. MSM33/05.05.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 23052/05.05.2022, în vederea respingerii contestației, respectiv menținerii rezultatului procedurii de atribuire, solicitând admiterea cererii, în principal, pe cale de excepție, respingerea capătului de cerere nr. 1 formulat de către ..ca fiind inadmisibil, iar în subsidiar, pe fond ca neîntemeiat; în principal, pe cale de excepție, respingerea ca lipsite de interes a capetelor de cerere nr. 2 și 3 ca efect al respingerii capătului nr. 1 de cerere formulat de ... iar, în subsidiar, pe fond, respingerea

acestora ca neîntemeiate; menținerea ca temeinic și legal al rezultatului procedurii prin care oferta acesteia a fost declarată câștigătoare.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

**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 ... atacă rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea face o scurtă prezentare a situației de fapt, considerând respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, raportat la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ca fiind nelegală.

Sunt invocate prevederile art. 171 alin. (1) și (2) coroborat cu Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, art. 166 alin. (8) din anexa la HG nr. 395/2016.

Susține că, în cauză, autoritatea contractantă nu a procedat niciodată la solicitarea informațiilor/documentelor justificative prin care a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, astfel că se întreabă cum poate fi reținută incidența cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. O interpretare logică și corectă a dispozițiilor legale indicate va conduce, fără urmă de dubiu, la concluzia că acest caz de excludere nu poate fi, efectiv, reținut în sarcina Tehnoplus.

Invocând dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, contestatoarea susține că, în situația dată, clarificarea era obligatorie, astfel încât aceasta să aibă posibilitatea de a dovedi că eventuala existență a unor documente constatatoare/rezilierea unor contracte nu echivalează, automat, cu o pretinsă nerespectare a obligațiilor de către aceasta. Interesul oricărei autorități contractante ar trebui să fie edificarea asupra situației reale intervenite prin solicitări de clarificări temeinice. Dreptul autorității contractate de a clarifica este corespondentul dreptului ... de a-și proba credibilitatea.

În condițiile în care legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din simpla existență a documentului constatator/încetarea anticipată a unui contract de achiziție publică, transmiterea unei clarificări de către autoritatea contractantă privind dovezile prin care ofertantul înțelege să-și probeze credibilitatea devine, practic, o obligație a acesteia. Ori, autoritatea contractantă a aplicat, în mod automat, motivul de excludere a ofertei,

printr-o evaluare superficială și lipsită de interes a condițiilor impuse de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatoarea invocă dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 57 din Directiva nr. 2014/24UE.

Concret, în lipsa unei solicitări de clarificare, aceasta nu a avut posibilitatea de a-și dovedi credibilitatea, conduita autorității contractante impunându-se a fi sancționată, prin admiterea plângerii, chiar și numai față de omisiunea acesteia de a fi clarificat.

Mai mult, comunicarea rezultatului procedurii nu respectă rigorile impuse de legislația incidentă, respectiv prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și este contradictorie în raport cu restul informațiilor cuprinse în raportul procedurii.

Astfel, pe de o parte, potrivit raportului procedurii, fila 6 din 14, cap. 2.2 PROCESUL VERBAL DE EVALUARE A OFERTELOR, pct. 2.2.1. CALIFICAREA OFERTANȚILOR, se menționează: *comisia de evaluare a verificat îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, prin verificarea informațiilor preliminare prezentate de ofertanți în DUAE și în documentele ce îl însoțeau identificate în ofertele prezentate în raport cu condițiile de participare și cerințele minime asociate din anunțul de participare și documentația de atribuire.*

Procesul de verificare a fost detaliat în procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr C03008/25.03.2022, care este parte a dosarului achiziției. În urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, următorii ofertanți au îndeplinit condițiile de participare: ... – ADMIS.

O primă concluzie corectă și exactă ce reiese din documentele întocmite de către comisia de evaluare este că, în cadrul etapei de evaluare a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, oferta Tehnoplus este admisă.

Ulterior, în același raport al procedurii, secțiunea 2.2.2. EVALUAREA PROPUNERILOR TEHNICE cu privirea la care se consemnează că propunerile tehnice au fost evaluate de comisia de evaluare în raport cu cerințele minime din caietul de sarcini pe baza informațiilor prezentate în propunerea tehnică, se dispune că, pentru Loturile 10, 11, 12, 13 - ... conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și a Notificării ANAP cu privire la acest articol(...), oferta depusă este inacceptabilă.

Același raport al procedurii menționează că *pe adresa de mail a Biroului de Achiziții a venit un punct de vedere în legătură cu firma Tehnoplus Medical, cu nr. de înregistrare 3946/29.03.2022, în urma acestei adrese a fost înaintată către firma ... o solicitare de clarificare prin intermediul SICAP, aceasta a răspuns în termen.*

Față de solicitarea adresată ofertantei, prin care i s-a pus în vedere să transmită deciziile nr. 2526/C9/2758/11.11.2021 și 2833/C7/3109/22.12.2021, precum și certificatele constatatoare care fac obiectul dosarelor menționate mai sus, se arată întemeiat că aceasta are un caracter pur formal, scopul fiind acela de a simula o solicitare de clarificare, atâta vreme cât cele două decizii precum și certificatele constatatoare sunt disponibile, prin acces public nerestricționat pe portalul Consiliului, respectiv în SEAP.

Concluzia finală, pertinentă și corectă ce se desprinde din consemnările proprii ale comisiei de evaluare este că deși:

- oferta T..., în etapa de evaluare DUAЕ, urmare a verificării DUAЕ și a documentelor ce îl însoțesc, a fost considerată ADMISĂ;
- etapa de evaluare DUAЕ se finalizase,
- în cadrul etapei de evaluare a propunerii tehnice nu se verifică DUAЕ și documentele ce îl însoțesc, ci propunerile tehnice;
- prin mijloace nespecifice prezentei proceduri (pe adresa de email a Biroului Achiziții), aceasta fiind una ce se derulează integral prin mijloace electronice, se transmite de către un alt operator economic, concurent subscrisei, un punct de vedere;
- comisia de evaluare nu se întoarce la etapa de verificare DUAЕ, ci decide, urmare a punctului de vedere transmis de către un concurent al contestatorului, respingerea ca inacceptabilă a ofertei, sub aparența unei solicitări de clarificare de un formalism evident și fără nicio finalitate concretă și lipsită de relevanță în legătură cu procedura.

Decizia de respingere a ofertei TEHNOPLUS ca inacceptabilă prin raportare la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din lege, fără a solicita clarificări, validează ingerința operatorului economic care a transmis un punct de vedere pe email-ul autorității contractante, în timpul evaluării ofertelor în procesul decizional al autorității contractante, fapt ce atrage sancțiunea excluderii acestuia.

Consideră că decizia de respingere a ... este neîntemeiată:

Cele două documente constatatoare în considerarea cărora comisia de evaluare ar fi decis excluderea sa din procedură și care au făcut obiectul celor două decizii ale Consiliului solicitate a fi transmise sunt:

Document contestator nr. A5926 emis în data de 19.12.2018 de către UM 02417 Focșani;

Document constatator nr. 1204 emis în data de 23.01.2019 de către Consiliul Județean Buzău.

Documentul constatator nr. 13597 emis în data de 16.05.2019 de către ... se regăsește menționat la nivelul DUAЕ depus alături de documente justificative și dovezi de natură a demonstra credibilitatea acesteia.

Potrivit prevederilor art. 171 alin. (5), și în raport de data de 24.03.2022, aceasta fiind data de depunere a ofertei în cazul procedurii, în cazul ambelor constatatoare, atât cel emis de către UM 02417 Focșani,

cât și cel emis de către .. în sensul celor dispuse de comisia de evaluare, respectiv incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g).

În ceea ce privește Documentul constatator nr. 13597 emis în data de 16.05.2019 de către ..., având în vedere:

- declararea ADMISĂ a ofertei contestatoarei în etapa de evaluarea DUAE (ocazie cu care comisia de evaluare a citit și analizat informațiile incluse în DUAE),

- precizarea comisiei de evaluare din raportul procedurii de atribuire cu ocazia evaluării propunerilor tehnice potrivit căreia în această etapă a fost trimis punctul de vedere al operatorului concurent contestatoarei; este evident că decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale nu se bazează pe documentul nr. 13597 emis în data de 16.05.2019 de către .

Odată exclus documentul nr. 13597 emis în data de 16.05.2019 de către .. din mecanismul de verificare și evaluare a DUAE conform celor expuse *supra* este lipsit de echivoc că, și pe fondul cauzei, respingerea ofertei sale pentru incidența art. 167 alin. (1) lit. g):

- în considerarea Documentului constatator nr. A5926 emis în data de 19.12.2018 de către UM ... constatator nr. 1204 emis în data de 23.01.2019 de ..

- prin raportare la data de 24.03.2022 de depunere a ofertelor care este ulterioară datei de 23.01.2022, aceasta fiind ultima zi în care ar fi putut fi eventual, reținute astfel de efecte juridice, este lipsită de orice fundament legal, pur speculativă și exclusiv cu scopul de a favoriza un anumit operator economic... SRL este nelegală și netemeinică și se impune respingerea acesteia în considerarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. i) pe care le redă.

.. SRL a încercat să influențeze procesul decizional prin transmiterea unui punct de vedere pe adresa de e-mail a Biroului Achiziții al Institutului în timpul evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii.

De asemenea, având în vedere că, în cadrul Deciziei nr. 2833/C7/3109/22.12.2021, .. a avut calitatea de contestator, fiind, astfel, în deplină cunoștință de cauză cu privire la efectele documentelor constatatoare invocate, efectele acestora, informațiile conținute și evident datele de emitere, precum și măsura de remediere dispusă, acțiunea acestuia de sesizare a Institutului în cadrul procedurii se subsumează la furnizare cu rea credință de informații eronate;

Având în vedere că, pentru loturile în discuție, singurii ofertanți sunt . și contestatoarea susține că este lipsit de echivoc că acțiunile de influențare a procesului decizional coroborat cu furnizarea voită de informații eronate au urmărit ca finalitate atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic, fapt concret, petrecut, potrivit comunicării rezultatului procedurii și raportului procedurii.

Potrivit legiuitorului este suficientă încercarea de influențare, textul de lege invocat nu face vorbire despre reușită, fiind de ajuns o simplă

tentativă a operatorului economic, în cazul de față, mai mult decât prevede textul de lege, acțiunea de influențare întreprinsă de către DAC a depășit caracterul de tentativă, acesta reușind să determine în favoarea sa o decizie de respingere a ofertei sale.

Influențarea trebuie să fie nelegală. Or, în cazul de față, operatorul economic a intervenit în procesul de evaluare a ofertelor, transmițând pe o adresă de e-mail un punct de vedere care privește situația unui operator economic aflat în competiție cu . de o parte, procedura se derulează integral prin mijloace electronice, respectiv SEAP. Din motive ce țin cel puțin de respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței, orice solicitare, în afara mijloacelor electronice, este exclusă, dacă nu este justificată de disfuncționalități tehnice ale SEAP conformate de AADR. Mai mult decât atât, operatorii economici nu pot interveni după bunul plac în activitatea de evaluare a ofertelor, aceasta fiind atributul exclusiv al comisiei de evaluare. În cazul unor vătămări prin acte administrative, operatorii economici au posibilitatea remediilor prin accesul la justiție pe calea instanței/administrativ jurisdicțională. Se întreabă retoric ce s-ar întâmpla dacă fiecare operator economic, în funcție de interesul propriu, ar interveni cu e-mail și/sau interpelări față de comisia de evaluare în timpul evaluării, lipsit de transparență, fără nicio limită?!

Admiterea demersului întreprins de . menținerea acestuia în procedură creează un precedent extrem de periculos prin legiferarea unui comportament evident ilicit și acceptarea eludării legislației aplicabile. O eventuală decizie de respingere a solicitării sale de respingere a tru incidența art. 167 alin. (1) lit. i) va putea fi invocată ulterior drept apanaj al operatorilor economici contestatori de meserie sau șicanatori doar cu scopul de a intimida/pune presiune pe autoritățile contractante, fără a apela la căile unanim și în mod egal recunoscute de către legiuitor drept modalități de restabilire a ordinii de drept.

Desemnarea câștigătoare a ofertei . este nelegală, având în vedere că nu se face dovada de către comisia de evaluare a verificării conformității ofertei tehnice a acestuia.

Potrivit raportului procedurii de atribuire, fila 8 din 14 care consemnează rezultatul evaluării propunerilor tehnice, în cazul loturilor în discuție, în legătură cu oferta tehnică a . nu se consemnează absolut nimic. Conținutul raportului de atribuire nu atestă dacă comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertei depuse de operatorul economic.

Se impune, astfel, chiar și numai pentru acest considerent anularea raportului procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei . cu considerarea criticilor detaliate.

Oferta contestatoarei este aptă a conduce la semnarea acordului-cadru, sens în care sunt incidente dispozițiile art. 26 alin. (10) din Legea nr.

101/2016:

Potrivit raportului procedurii, oferta financiară depusă de către . pentru fiecare dintre loturi este: lot 11 - 720.000,00 lei, fără TVA; lot 12 - 122.400 lei, fără TVA; lot 13 - 468.000 lei, fără TVA.

Având în vedere că:

- valoarea ofertei sale financiare pentru fiecare dintre loturile în discuție este mai mică decât cea aparținând .
 - criteriul de atribuire în cadrul fiecărui lot în parte este prețul cel mai scăzut;
 - o eventuală reevaluare dispusă de Consiliu este limitată la aspectele deduse judecății, autoritatea contractantă neputând reveni după bunul plac la aspecte deja tranșate și care nu fac obiectul contestației;
- din perspectiva unei decizii de admitere a contestației pentru considerente expuse, chiar și în ipoteza în care . nu ar fi respins din procedură pentru incidența prevederilor art. 167 alin. (1) litera i), apreciază că se impune aplicarea prevederilor de excepție ale Legii nr. 101/2016, art. 26 alin. (10).

În concluzie, contestatoarea solicită admiterea contestației formulate.

. a transmis punctul de vedere nr. 05125/26.04.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. 21034/26.04.2022, prin care comunică adoptarea măsurilor de remediere, constând în anularea comunicărilor; anularea raportului procedurii și a documentelor subsecvente și reluarea evaluării ofertei depuse de . din faza de DUAЕ.

În concluzie, solicită Consiliului să fie de acord cu măsurile propuse.

Prin adresa nr. 74577/27.04.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 21419/28.04.2022, . formulează Concluzii scrise prin care solicită: menținerea spre soluționare a contestației depuse sub aspectul tuturor criticilor invocate, măsura autorității fiind considerată insuficientă în raport de acestea; respingerea ca neîntemeiată și nefondată a solicitării prin care se solicită Consiliului să fie de acord cu măsurile dispuse de aceasta; admiterea contestației sub aspectul tuturor criticilor invocate și susținute; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei situate pe locul 1 cu considerarea celor expuse, respectiv constatarea caracterului inacceptabil al ofertei . conform dispozițiilor art. 167 alin. 1) lit. i) și, pe cale de consecință, stabilirea în mod legal și corect a clasamentului procedurii; obligarea autorității la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale și, pe cale de consecință, stabilirea în mod legal și corect a clasamentului procedurii, respectiv obligarea autorității la atribuirea contractului către aceasta în considerația dispozițiilor art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante nr. MSM33/05.05.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 23052/05.05.2022, . a solicitat admiterea cererii, în principal, pe cale de excepție, respingerea căpătului de cerere nr. 1 formulat de

către .ca fiind inadmisibil, iar în subsidiar, pe fond ca neîntemeiat; în principal, pe cale de excepție, respingerea ca lipsite de interes a capetelor de cerere nr. 2 și 3 ca efect al respingerii capătului nr. 1 de cerere formulat de . iar în subsidiar, pe fond, respingerea acestora ca neîntemeiate; menținerea ca temeinic și legal al rezultatului procedurii prin care oferta acesteia a fost declarată câștigătoare.

Prin adresa nr. 74668/09.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 23537/09.05.2022, . Concluzii scrise prin care solicită respingerea ca neîntemeiată și nefondată a cererii de intervenție; admiterea contestației formulată sub aspectul tuturor criticilor invocate și susținute; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei situate pe locul 1 cu considerarea celor expuse, respectiv constatarea caracterului inacceptabil al ofertei . considerarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. i) și, pe cale de consecință, stabilirea în mod legal și corect a clasamentului procedurii de atribuire; obligarea autorității la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale, și pe cale de consecință, stabilirea în mod legal și corect a clasamentului procedurii, respectiv obligarea Institutului la atribuirea contractului către aceasta în considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, . solicită respingerea excepției inadmisibilității invocată de către intervenientă, ca fiind neîntemeiată.

Prin adresa nr. 05623/09.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 23559/09.05.2022, autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere inițial.

Documentele necesare soluționării contestației au fost transmise cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23559/09.05.2022.

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

...în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Materiale sanitare 1* CPV 33140000-3-Consumabile medicale (Rev. 2), *loturile 11, 12, 13*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1039461/18.02.2022. Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru care urmează a fi încheiat este de 15.687.864,00 lei, fără TVA, iar termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost 24.03.2022, ora 15:00. .. a investit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 5.856,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. 208005392/1 din 20.04.2022, eliberată de CEC Bank, Sucursala Victoria.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de .. Consiliul, văzând că are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea ei, fiind ofertant declarat câștigător pentru loturile contestate, prin raportul procedurii de atribuire nr. INBI-

04704/13.04.2022, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante. Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acesteia având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își prezerve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esență intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală – în interes propriu – ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători, ceea ce este lipsit de interes.

Trecând la analiza contestației, se constată că oferta Tehnoplus Medical SRL a fost respinsă ca neconformă pentru loturile 11, 12 și 13, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 101/2016.

Anterior respingerii ofertei, prin adresa nr. MSM28/29.03.2022, ...a informat autoritatea contractantă că, în SEAP, pentru ... 1847/22.01.2019, care este înregistrat sub nr. 13597/16.05.2019, emis de Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea, care atestă faptul că respectivul contract subsecvent a încetat anticipat prin reziliere, din cauza nerespectării de către ... SRL a calității, cantității și/sau tipului de produs oferat, calificativul pentru îndeplinirea contractului fiind "nesatisfăcător".

Au fost invocate două decizii ale Consiliului, pronunțate în legătură cu documentul constatator.

Urmare celor sesizate de să prezinte deciziile Consiliului nr. 2526/C9/2758 din 11.11.2021 și 2833/C7/3109 din 22.12.2021 și certificatele constatatoare care fac obiectul dosarelor menționate.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 74320/31.03.2022, la care a anexat cele două decizii ale Consiliului și trei documente constatatoare, emise de . .

În cuprinsul contestației sunt formulate critici vizavi de faptul că autoritatea contractantă nu a procedat niciodată la solicitarea informațiilor/ documentelor justificative prin care să poată demonstra că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea.

În deciziile amintite, s-au reținut următoarele:

În decizia nr. 2526/C9/2758 din 11.11.2021:

Prin contestație, autoarea acesteia a susținut că ofertantul . Buzău. A atașat contestației cele două documente constatatoare. .., la cap. C *"Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri .. anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile"*, se constată că ofertanta a precizat: *"Răspunsul dumneavoastră? Pentru Documentul constatator primar [AD1007247] nr. 13597/16.05.2019 (emis pentru încetare anticipată fără prejudicii), a fost depusă plângere la autoritatea contractantă emitentă în data de 28.05.2019, prin care societatea noastră a solicitat suspendarea și revocarea documentului. Având în vedere lipsa unui răspuns favorabil din partea autorității contractante, societatea noastră s-a adresat instanțelor judecătorești pentru soluționarea cauzei, fiind pe rol dosarele nr. 22324/3/2019 la Curtea de Apel București și dosarul nr. 25137/3/2020 la Tribunalul București, dosare în curs de judecare. Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră. DA. Descriere: **Ne-am adresat instanțelor de judecată competente pentru revocarea acestuia**".* Nu a fost indicat în DUAE și documentul constatator nr. 1204/23.01.2019 emis de Consiliul Județean Buzău.

Din verificarea documentelor aflate la dosarul cauzei, se constată că împotriva documentului constatator nr. 13597/16.05.2019, indicat în DUAE, ofertanta a formulat plângeri la Tribunalul București, sens în care au fost constituite dosarele nr. 22324/3/2019 și 25137/3/2020.

În referire la cauza care face obiectul dosarului nr. 22324/3/2019, Tribunalul București s-a pronunțat prin Sentința civilă nr. 6740/16.10.2019, prin care a respins acțiunea reclamantei ca neîntemeiată.

Față de cauza care face obiectul dosarului nr. 25137/3/2020, se constată că a fost stabilit termen de judecată 24.11.2021.

Împotriva Sentinței civile nr. 6740/16.10.2019, .. a formulat recurs, la Curtea de Apel București, care a suspendat cauza până la soluționarea definitivă a dosarului nr. 25137/3/2020, de către Tribunalul București.

Din verificarea documentului constatator nr. 13597/16.05.2019 emis de Primăria Municipiului Oradea pentru contractul nr. 1847/22.01.2019 se constată că acest contract a fost reziliat pentru nerespectarea cantității/calității și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferat, fără a se indica prejudicii sau pagube.

În ceea ce privește documentul constatator nr. 1204/23.01.2019 emis de Consiliul Județean Buzău pentru contractul nr. 82/12977/18.09.2018 se constată că acest contract a fost reziliat pentru nerespectarea termenelor contractuale de livrare, fiind stabilite daune în valoare de 3070,20 lei, achitate cu BO IBBK10 PA2190110823162/10.01.2019, informații relevante de documentul transmis de societatea contestatoare. Societatea intervenientă a susținut că nu a primit acest document de la autoritatea contractantă, beneficiara contractului.

Relevanță în soluționare prezintă următoarele dispoziții legale:

- 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.**

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

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

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

(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.**

- art. 166 din Normele metodologice aprobate prin 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 și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză; (...)

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

(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.**

(...)

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

Astfel că, în contextul dispozițiilor legale citate mai sus, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;

- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;

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

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (1)-(3) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii și alin. (5) lit. b), în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani. În speță nu sunt

îndeplinite condițiile prevăzute de art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în sensul că nu se face dovada credibilității operatorului economic, la acest moment, documentul constatator fiind un act administrativ care produce efecte juridice.

Cu toate că ofertanta a atacat cu recurs Sentința civilă nr. 6740/16.10.2019, se constată că documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 nu a fost anulat și nici suspendată aplicarea acestuia.

În acest context, comisia de evaluare avea obligația de a constata faptul că operatorul economic ..i-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de achiziții publice nr. 1847/22.01.2019, în condițiile în care acesta a fost reziliat, respectiv de a dispune excluderea acestuia din procedura de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin Decizia nr. 391 din 25 ianuarie 2018: "Așadar, în litigiul pendinte, curtea nu este abilitată să facă aprecieri cu privire la legalitatea și temeinicia notificării nr. D13/4/173/13.03.2017, emisă de Societatea Națională X, întrucât cererea privind anularea actului administrativ menționat anterior este de competența în primă instanță a Tribunalului București, SCAF, în baza art. 53 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (...).

În aceste condiții, până la anularea definitivă sau suspendarea executării de către instanța competentă a Notificării nr. D13/4/173/13.03.2017, emisă de Societatea Națională X, curtea reține că efectele acesteia se impun cu forță juridică obligatorie, respectiv rezilierea de drept, din culpa prestatorului, a acordurilor-cadru de prestări servicii (...).

(...)

Așadar, curtea reține că **sunt întrunite cerințele prevăzute de art. 180 alin. 1 litera g din Legea nr. 99/2016 din 19 mai 2016** privind achizițiile sectoriale, **întrucât există o nerespectare gravă** de către SC X SRL, **a obligațiilor principale care îi reveneau** în baza Acordului Cadru de prestări servicii (...)."

Sunt de reținut și cele constatate de aceeași instanță prin Decizia nr. 2479/16.12.2020, în referire la documentele constatatoare, prin care a fost menținută decizia Consiliului nr. 1940/2020: "Nefondate sunt și susținerile petentei cu privire la neaplicarea în prezenta cauză a prevederilor art. 180 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 99/2016 vizând calificarea abaterilor profesionale grave din perspectiva dispozițiilor art. 180 alin. 6 din același act normativ, în condițiile în care rezultă din analiza documentelor invocate de autoritatea contractantă în cuprinsul adresei de respingere a ofertei petentei ca inacceptabile ... că anterior în cadrul relațiilor contractuale născute între părți în temeiul aplicării prevederilor OUG nr. 34/2006 și a încheierii unui contract/acord cadru de achiziție publică având ca obiect chiar același tip de prestări de servicii de salubritate a vagoanelor de călători acesta nu a fost finalizat prin încheierea unui contract subsecvent și prestarea acestor servicii pe întreaga perioadă contractuală asumată inițial de către petentă, în contextul invocării de către acesta a unui motiv de refuz al semnării contractului subsecvent și prin urmare a continuării prestării serviciilor (aspect pe care nu l-a contestat, rezultând din analizarea corespondenței atașată dosarului purtată între părți anterior rezilierii unilaterale a acordului cadru) care nu era întemeiat formal pe o clauză din contractul cadru, invocându-se imposibilitatea continuării executării contractului în aceste condiții, imposibilitate care însă nu a determinat de drept sau în temeiul contractului și obligativitatea pentru beneficiar a suspendării executării contractului, având forța juridică a unei legi între părți. În contextul naturii și scopului prestării serviciilor asumate astfel de către petenta **situație în care a fost reziliat acordul cadru încheiat între părți** urmare a neîndeplinirii de către prestator a unei obligații esențiale, aceea a continuării prestării serviciilor și a refuzului semnării celui de a doilea contract subsecvent, **o astfel de împrejurare fiind în mod corect calificată drept o încălcare grava a obligațiilor contractuale**, încălcare care a condus la încetarea anticipată a acordurilor-cadru".

Mai mult, societatea contestatoare a susținut că . prezentat documentul constatator nr. 1204/23.01.2019 emis de Consiliul Județean Buzău, prin care s-a reținut rezilierea contractului nr. 82/12977/18.09.2018 pentru neexecutarea contractului în termenele prevăzute, reziliere care a condus la prejudicierea respectivei autorității contractante cu suma de 3.070,20 lei. Din cuprinsul acestui document s-a constatat că suma amintită a fost achitată cu BO IBBK10 PA2190110823162/10.01.2019.

În referire la existența documentului constatator nr. 1204/23.01.2019 emis de Consiliul Județean Buzău, se constată că nu există nicio informație cu privire la data săvârșirii faptei sau

producerii evenimentului relevant, pentru a se putea verifica incidența sau nu a prevederilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv existența sau nu a obligației de a indica în DUAE respectivul document constatator, și implicit dacă societatea TEHNOPLUS MEDICAL SRL se face vinovată de nerespectarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, doar în cazul în care era depășit termenul de 3 ani de la săvârșirea faptei ofertanta era în măsură de a nu menționa în DUAE respectivul document.

Se constată în aceste condiții obligația autorității contractante de a clarifica acest aspect cu ofertanta, inclusiv cu autoritatea emitentă a documentului constatator nr. 1204/23.01.2019.

Din acest punct de vedere critica contestatoarei este considerată întemeiată.

Prin decizia nr. 2833/C7/3109 din 22.12.2021 s-au reținut următoarele:

Din examinarea documentelor aflate la dosarul cauzei, se constată că împotriva Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019, indicat în DUAE, ofertanta a formulat plângeri la instanțele judecătorești, sens în care au fost constituite dosarele nr. 22324/3/2019 la Curtea de Apel București și 25137/3/2020 la Tribunalul București.

În referire la cauza care face obiectul dosarului nr. 22324/3/2019, Tribunalul București s-a pronunțat prin Sentința civilă nr. 6740/16.10.2019, prin care a respins acțiunea reclamantei ca neîntemeiată.

Față de cauza care face obiectul dosarului nr. 25137/3/2020, se constată că a fost stabilit termen de judecată 22.02.2022. a formulat recurs, la Curtea de Apel București, care a suspendat cauza până la soluționarea definitivă a dosarului nr. 25137/3/2020, de către Tribunalul București.

Din verificarea Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019 emis de Primăria Municipiului Oradea pentru Contractul nr. 1847/22.01.2019 se constată că acest contract a fost reziliat pentru *nerespectarea calității/ cantității/ și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferat*, fără a se indica prejudicii sau pagube, calificativul acordat pentru îndeplinirea contractului fiind *„nesatisfăcător”*.

(...)

Raționamentul conturat de autoarea intervenției și de autoritatea contractantă în favoarea faptului că ...-a dovedit **credibilitatea** în raport de motivele de excludere, astfel cum dispune art. 171 alin (1) din Legea nr. 98/2016, se bazează pe demersurile judiciare prin care operatorul economic a demonstrat ca le-a întreprins vis a vis de aspectul în discuție. Achizitoarea a mai precizat că, asupra unei atari situații, autoritatea contractanta are un drept de apreciere conferit de alin (2) al art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Mai departe în ce privește gravitatea încălcării, autoritatea contractantă consideră că această condiție nu este îndeplinită, atâta vreme cât autoritatea emitentă a documentului constatator nu a suferit nici un prejudiciu prin încetarea anticipată a contractului, iar operatorului economic a adoptat măsuri de remediere prin acțiunile în justiție probate. De asemenea, nici repetitivitatea încălcării obligațiilor provenite din contracte de achiziție publică nu se verifică, Constatatorul primar nr. 13597/16.05.2019 fiind singular, în condițiile în care operatorul ofertant a avut/are în desfășurare numeroase contracte de achiziție publică ce decurg fără incidente în privința executării obligațiilor ce-i revin. Toate aceste aspecte sunt precizate de achizitoare în cadrul punctului de vedere formulat.

Autoarea aduce o serie de argumente în favoarea faptului că, față de Documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 aceasta nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că *„neconformitatea produsului nu este gravă din moment ce Spitalul clinic municipal ”Dr. Gavril Curteanu” Oradea, emitentul documentului constatator, ne-a declarat câștigători și au încheiat contract cu subscrisa având ca obiect un produs (pat ATI) ce are aceeași structură ca produsul față de care s-a susținut că este neconform. Astfel, dacă însăși Autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator consideră că subscrisa și-a dovedit credibilitatea, o declară câștigătoare într- o procedură și recepționează un produs cu aceleași caracteristici atunci este evident că nici măcar față de aceasta așa-zisa încălcare invocată nu este considerată gravă”,* aspecte față de care Consiliul nu se poate pronunța, în lipsa analizării acestor aspecte de către autoritatea contractantă.

Referitor la susținerea autoarei intervenției potrivit căreia în *”din documentul constatator 13597/16.05.2019 rezultă faptul că nerespectarea obligațiilor contractuale nu au produs prejudicii, deci atât timp cât nu s-au produs prejudicii, iar situația de fapt și de drept este în continuare în faza de judecată (deci nu există certitudine față de așa-zisa*

neconformitate a produsului oferat) nu se poate considera că subscria și-a încălcat ÎN MOD CERT SI DEFINITIV obligațiile contractuale într-un mod grav (operând în acest caz prezumția de nevinovăție și incertitudine față de așa-zisele încălcări invocate în documentul constatator)", Consiliul nu o poate reține în soluționare ca fiind relevantă, având în vedere faptul că legislația în domeniu, atât cea națională cât și cea comunitară s-a modificat în sensul că în cadrul noilor reglementări legiuitorul are în vedere o „încălcare gravă” chiar „neregulile minore” repetate care pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui și care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, și nu de o „abatere gravă” însoțită de existența unui „prejudiciu grav”. Este evident că, în condițiile în care deficiențele semnificative ale produselor furnizate le-a făcut inutilizabile pentru scopul propus (nerespectarea calității/ cantității/ și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferat) și au condus la **rezilierea contractului**, acest fapt a fost de natură să producă prejudicii autorității contractante.

Faptul că, nerespectarea obligațiilor asumate de furnizorul nu a condus la prejudicii și la calcularea de penalități, ci chiar la rezilierea contractului demonstrează existența abaterilor acestui operator economic în relația contractuală cu Primăria Municipiului Oradea, abateri de care autoritatea contractantă ar fi trebuit să țină cont, și să le evite în contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Din examinarea înscrisurilor întocmite de membrii comisiei de evaluare se reține faptul că în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 43786/10.11.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* este consemnat în secțiunea dedicată evaluării ofertei depuse de *exercitare a activității profesionale*", privitor la cerința de la numărul 3, respectiv existența unor „Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, respectiv (...) încetare anticipată a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”:

- *”răspuns operator economic - NU conform DUAE completat și atașat în SEAP”.*

Situația consemnată nu concordă cu informațiile precizate de în cuprinsul DUAE-ului, așa cum a fost mai sus reținut, răspunsul ofertantei a fost *”DA”* și a fost descrisă situația Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019.

În lipsa efectuării oricărei analize și oricărui demers vizavi de existența documentului constatator și implicit a abaterilor consemnate în acesta fără să aprecieze în niciun fel credibilitatea societății contestatoare dobândită prin eventualele măsurile adoptate conform art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că, prin modalitatea formală în care a evaluat oferta depusă de contractantă nu și-a îndeplinit în mod corespunzător atribuțiile prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) și k) din H.G. nr. 395/2016, criticile contestatorului referitoare la acest aspect urmând a fi admise.

Așadar cele raționate de autoritatea contractantă în cadrul punctul său de vedere vizavi de verificările întreprinse nu pot fi reținute de Consiliu, autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertanta, aspectele constatate ca urmare a consultării Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019, pentru a obține informații și documente din care să rezulte, cu certitudine, îndeplinirea condițiilor prevăzute de dispozițiile legale amintite în lipsa acestora concluzia achizitoarei precum că *”Verificând realitatea acestor informații pe portalul instantelor www.just.ro, informațiile comunicate de operatorul economic s-au confirmat, conform inscristurilor anexate (filele 11-13), autoritatea contractanta a constatat realitatea acestora, dosarul de la Tribunalul București avand termen la 02/02.2022, dosarul Curții de Apel București fiind suspendat pana la soluționarea definitiva a dosarului aflat pe rolul Tribunalului. In acest context, SCUB, in calitate de autoritate contratanta, a considerat oferta acceptabila, drept pentru care a fost admisa”* fiind netemeinică.

Contrar celor susținute de contestatoare precum că *față de existența acestui document constatator, opozabil chiar autorității contractante, având în vedere încărcarea acestuia în SEAP, aceasta din urmă era obligată, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, să excludă din procedură oferta* Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și a furnizorului /prestatorului/executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în

orice condiții, sau că existența documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

Măsura excluderii ca urmare a incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 poate fi luată de autoritatea contractantă pe baza unor dovezi clare, certe, din care să rezulte fără dubiu că sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de dispozițiile legale.

Din coroborarea dispozițiilor legale invocate, rezultă că nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după cum nu orice document constatator trebuie să conducă, *tale quale*, la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la articolul respectiv. Legiuitorul impune emitentului certificatului o anumită procedură, și includerea anumitor elemente de fond ale certificatului, respectiv dacă 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.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante precizările autoarei intervenției, respectiv:

"Astfel, în materia achizițiilor publice legiuitorul a prevăzut expres faptul că în ciuda existenței unei situații prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, Autoritatea contractantă este obligată să analizeze credibilitatea ofertantului în fiecare caz în parte și poate decide acceptarea ofertei.

De aceea, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016 trebuie să i se dea șansa ofertantului să dovedească că în situația respectivă nu exista certitudine fata de "nerespectarea obligațiilor" și astfel Autoritatea contractanta poate să considere că ofertantul dovedește credibilitatea, indiferent dacă are un document constatator.

Totodată acesta este și motivul pentru care la art. 171 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 se precizează că doar atunci când exista o decizie definitivă prevederile art. 171 nu se aplica."

Astfel, Consiliul determină că asupra temeiniciei/netemeiniciei criticilor aduse de DAC MEDICAL PLUS SRL în referire la documentul constatator reclamat, autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare doar în urma unei analize, poate lua decizia dacă menține sau nu operatorul în procedură.

Rolul acestor documente constatatoare emise în temeiul art. 166 din H.G. nr. 395/2016 este de a oferi celorlalte autorități contractante care inițiază în viitor proceduri, informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, este o „*oglină a operatorului economic executant/prestator/furnizor*".

Consiliul reține că art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 transpun în legislația națională prevederile art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24/UE care stabilesc printre altele faptul că „*Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție.*

În acest scop, operatorul economic dovedește 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.

Măsurile luate de către operatorii economici sunt evaluate ținând seama de gravitatea și de circumstanțele particulare ale infracțiunii sau ale abaterii. În cazul în care măsurile sunt considerate insuficiente, operatorul economic primește o expunere a motivelor respectivei decizii".

În acest context, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare ar fi trebuit în virtutea rolului activ să procedeze la efectuarea verificărilor prevăzute la art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016.

În referire la existența unul alt documentului constatator, respectiv cel emis de către Ministerul Apărării Naționale - UM 02417 Focșani sub nr. A- 6936/19.12.2018, prin care se atestă faptul că ofertantul nu a îndeplinit contractul în mod corespunzător, produsele contractate fiind livrate cu întârziere raportat la termenul de livrare asumat, invocat de

societatea contestatoare în favoarea faptului că ofertanta producerii evenimentului relevant, pentru a se putea verifica incidența sau nu a prevederilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv existența sau nu a obligației de a indica în DUAE respectivul document constatare, și implicit dacă societatea se face vinovată de nerespectarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Raționamentul conturat de societatea intervenientă vizavi de neindicarea în cadrul documentului DUAE a Documentului constatare A- 6936/19.12.2018 se bazează pe faptul că acest înscris nu a fost adus acestuia la cunoștință de autoritatea contractantă emitentă:

"Documentul constatare nr. A-6936/19.12.2018 nu a fost comunicat subscrisei înainte de completarea și depunerea DUAE sub nicio formă (nici în format letric, nici în format electronic), astfel încât aceste informații nu sunt opozabile.

Contrar prevederilor art. 2 alin. (4) și (5) lit. f), a art. 166 alin. (3) din HG - 395/2016, autoritatea contractantă Unitatea Militară 02417 Focșani nu a transmis documentul constatare mai sus menționat, și ca atare subscrisa nu am avut cunoștință de existența unui asemenea document."

Se constată în aceste condiții obligația autorității contractante de a clarifica acest aspect cu ofertanta, vizavi de efectuarea verificărilor prevăzute la art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016, din acest punct de vedere critica contestatoarei este considerată întemeiată.

În raport de toate aspectele anterior reținute se constată că evaluarea realizată de autoritatea contractantă a înregistrat abateri de la cadrul legal, impunându-se clarificarea cu ofertanta vizavi de măsurile adoptate de aceasta pentru demonstrarea în concret a credibilității vizavi de aspectele care au condus la emiterea Documentului constatare nr. 13597/16.05.2019 și a Documentului constatare nr. A- 6936/19.12.2018.

Numai în măsura în care ofertanta, poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele care pot atrage excluderea, potrivit dispozițiilor art. 171 din legea nr. 98/2016, iar autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. sub aspectul anulării parțiale a Raportului procedurii vizavi de evaluarea ofertei SC

În DUAE-ul prezentat în cadrul procedurii, a declarat următoarele în referire la documentul constatare nr. 13597/ 16.05.2019:

Referitor la prezentarea dovezilor privind faptele și împrejurările care au determinat emiterea documentului constatare, nr. 13597/16.05.2019 emis de Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea, precum și măsurile concrete și adecvate luate pentru prevenirea savarsirii de noi fapte similare, în baza art. 171 alin. (1) - (3) din Legea 98/2016, cu completările și modificările ulterioare, va aducem la cunoștința următoarele:

1. Raportat la documentul constatare nr. 13597/16.05.2019 menționat că în DUAE, emis de Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea (acesta fiindu-ne comunicat și opozabil) acesta este în litigiu și nu există o certitudine în ceea ce privește "așa-zisa" neconformitate a calității produsului furnizat în contractul nr. 1847/22.01.2019 din moment ce această situație de fapt se află pe rolul unei instanțe de judecată și există în desfășurare o expertiză asupra produsului.

2. Deși există acest document constatare, situația invocată în cadrul acestuia este nejustificată, deci nu se poate considera că există în mod cert o neîndeplinire a obligației contractuale în cazul contractului susmenționat.

3. În primul rând din documentul constatare 13597/16.05.2019 rezultă faptul că nerespectarea obligațiilor contractuale nu a produs prejudicii, deci atât timp cât nu s-au produs prejudicii, iar situația de fapt și de drept este în continuare în faza de judecată (nu există certitudine față de așa-zisa neconformitate a produsului oferat) nu se poate considera că subscrisa și-a încălcat ÎN MOD CERT ȘI DEFINITIV obligațiile contractuale într-un mod grav (operând în acest caz prezumția de nevinovăție și incertitudine față de așa-zisele încălcări invocate în documentul constatare).

4 Din informațiile specifice situației de fapt și de drept a Contractului nr. 1847/22.01.2019 încheiat cu Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea, informații pe care le atașăm prezentei rezultă că obligațiile contractuale au fost respectate iar aspectele de natură tehnică invocate de subscrisa sunt suficiente pentru a arăta că această autoritate contractantă a luat o decizie arbitrară, fără existența unei expertize, raportat la simpla opinie a unor angajați nepregătiți din punct de vedere tehnic.

5. Așa cum rezultă din documentele atașate (Anexa nr. 3), Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea a invocat în ceea ce privește produsul aferent contractului Contractului nr. 1847/22.01.2019 (pat ATI Eleganza 5) că acesta ar avea 3 secțiuni în loc de 4 cât s-ar fi menționat în documentația de atribuire Or, așa cum rezultă din specificațiile tehnice ale produsului acest produs este format din 4 secțiuni, așa cum s-a solicitat.

6. În susținerea justificării situației tehnice depunem atașat Procesul-verbal nr. 291/16.12. .2021, (Anexa nr. 1) emis de către Agenția Națională a Medicamentului față de produsul Patul Eleganza 5, pentru care Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea a emis documentul constatator, din cuprinsul căruia rezultă că acești specialiști au constatat că acest pat are 4 secțiuni, exact ceea ce era menționat în Caietul de sarcini, confirmându-se că în realitate motivul de respingere a produsului nu există, deci nici situația din documentul constatator nu există.

7. Astfel, considerăm că față de documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 subscrisa nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 având în vedere următoarele:

- Pe de o parte, așa-zisa neconformitate a produsului nu este gravă din moment ce Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea, emitentul documentului constatator, ne-a declarat câștigători și au încheiat în 2020 un contract cu subscrisa având ca obiect un produs (pat ATI) ce are aceeași structură (4 secțiuni) ca produsul față de care s-a susținut că este neconform. Astfel, dacă însăși Autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator a ignorat documentul constatator eliberat de aceasta și a considerat că subscrisa și-a dovedit credibilitatea și ne-a declarat câștigătoare într-o procedură similară, recepționând un produs cu aceleași caracteristici atunci este evident că aceasta așa-zisa încălcare invocată nu poate fi considerată gravă (Anexa nr. 2).

- În egală măsură, raportat la dispozițiile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 (8) conform cărora: "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, livrarea unui produs care este funcțional și utilizat în prezent conform destinației prevăzute în contract (dovadă fiind multitudinea de spitale care folosesc acest produs - Pat ATI Eleganza 5 - ca urmare a încheierii unui contract între producător și Ministerul Sănătății - Anexa nr. 4 și Anexa nr. 5 la prezentul document) și care respectă cerințele Caietului de sarcini nu se încadrează în premisa reglementată anterior.

- Pe de altă parte, având în vedere că produsul ofertat (Patul Eleganza 5), față de care Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea a realizat evaluarea și l-a considerat conform cu cerințele Caietului de sarcini, a fost același cu produsul livrat, în ambele cazuri structura patului era formată din 4 secțiuni, așa cum rezultă din documentele amintite, devine evident că nu există nicio încălcare a obligațiilor contractuale, documentul constatator fiind emis în mod nejustificat.

8. Astfel, Documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 se referă la interpretarea Spitalul Clinic Municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea față de calitatea produsului livrat, interpretare pe care am criticat-o și am atacat-o în instanță, astfel încât această

așa-zisă "neconformitate a produsului" nu reprezintă o situație certă care să fie calificată ca fiind o încălcare gravă din moment ce subscrisa consideră că produsul livrat era conform cu cerințele documentației de atribuire.

9. De asemenea, chiar dacă s-ar considera că situația documentului constatator se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 considerăm că sunt incidente dispozițiile art. 171 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016 întrucât am demonstrat credibilitatea măsurile dispuse de subscrisă fiind circumscrise celor stabilite la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

10. Astfel, de operator economic cu o experiență vastă în domeniul medical și cu o activitate de aproape 30 de ani (societatea fiind înființată în 1993) în executarea contractelor de achiziție publică, perioada în care am livrat nenumărate produse medicale de înaltă calitate de la diverși producători, am adoptat următoarele măsuri:

- am implementat măsuri de ordin tehnic și organizational la nivelul întregii societăți astfel încât să nu mai existe întâzieri în livrarea produselor (există angajați care se ocupă special de monitorizarea termenelor de livrare a contractelor, precum și angajați care se ocupă în special de relațiile comerciale cu furnizorii/producătorii pentru a împiedica existența vreunei întâzieri). Dovadă în acest sens fiind faptul că din 2018 până în prezent nu au existat întâzieri în livrarea produselor.

- am încheiat noi contracte în condiții mult mai avantajoase și cu termene de furnizare cât mai scurte, direct cu producătorii de echipamente medicale, eliminând astfel sincopele care pot apărea în respectarea condițiilor contractuale.

- am reorganizat și structurat la nivel de personal un întreg departament și am eliminat legăturile cu persoanele respectiv organizațiile/producătorii care au demonstrat un comportament necorespunzător și din cauza cărora am întâmpinat întâzieri;

- am implementat un nou sistem de raportare și control la nivel managerial și de gestiune

- am recreat structura de audit intern în vederea verificării și respectării dispozițiilor legale în materie precum și a tuturor normelor de aplicare a acestora;

- am instituit noi reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor fapte ilicite.

- am prezentat situația de fapt și de drept din documentele constatatoare susmenționate, arătând că încălcările invocate fie nu există, fie nu sunt grave.

11. În egală măsură atașăm prezentei multitudinea de documente constatatoare pozitive (un număr de cel puțin 144) așa cum rezultă din Anexa nr. 6, care dovedesc, în egală măsură, faptul că situațiile de fapt și de drept la care se referă documentele constatatoare în cauză sunt unele izolate și nu caracterizează activitatea subscrisei în situația în care aveți nelămuriri față de documentele/informațiile prezentate, vă stăm la dispoziție cu eventuale clarificări.

Atașăm prezentei următoarele anexe:

Anexa 1_PV control ANM 16.12.2021

Anexa 2_ctr. 13997_14.05.2020_Oradea

Anexa 3 _Documente emise de Sp. Oradea

Anexa 4_ctr. 363_21.04.2020_Timisoara E5

Anexa 5_ctr. 49_14.03.2018 MS_Banca Mondiala

Anexa 6_extras SEAP_Documente constatatoare

Față de cele de mai sus, se reține că, din niciun document întocmit de autoritatea contractantă, nu rezultă că ar fi fost analizate măsurile întreprinse de ofertantă pentru demonstrarea credibilității sale și care ar fi fost motivele pentru care nu ar fi fost considerate suficiente.

Simplul fapt că, prin deciziile anterioare, s-au dispus măsuri în sensul respingerii ofertenu înseamnă că autoritatea contractantă trebuia

să respingă în mod automat oferta, câtă vreme, în respectivele decizii, s-a constatat că ofertanta nu a arătat ce măsuri a luat pentru demonstrarea credibilității sale, faptul că atacase documentul constatator nefiind considerată o măsură suficientă. Or, o astfel de situație nu este aplicabilă în speță, societatea explicând pe larg ce măsuri a luat pentru a înlătura situațiile care au determinat emiterea documentului constatator.

Singura în măsură să facă aprecieri asupra măsurilor luate era achizitoarea care, însă, în cazul de față, nu a explicat care sunt motivele pentru care nu a acceptat măsurile luate de ofertantă.

În plus, autoritatea contractantă putea solicita documente și informații suplimentare care să o asigure că poate intra într-o relație contractuală cu acest ofertant, iar contractul să fie dus la bun sfârșit.

Mai mult, se reține că, deși autoritatea contractantă a susținut că va lua măsuri de remediere în sensul reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă nu a transmis dovada luării vreunei măsuri.

În decizia civilă nr. 259 din 11 iunie 2019, Curtea de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, a reținut, între altele:

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

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, comisiei de evaluare din cadrul entității contractante revenindu-i sarcina de a stabili dacă, prin documentele depuse, ofertantul demonstrează, în concret, credibilitatea sa. Așadar, operatorul economic aflat într-una din situațiile de excludere trebuie să prezinte dovezi suficiente, de natură a demonstra în concret și a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa.

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

Așadar, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiilor prevăzute la art.180 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii;

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

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

De asemenea, este de amintit decizia Curții Europene de Justiție în Cauza C-41/18, Meca Srl împotriva Comune di Napoli, în care au fost reținute următoarele:

31 În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice

moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a

pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.

32 În sfârșit, dacă o autoritate contractantă ar trebui să fie în mod automat ținută

de o apreciere făcută de un terț, i-ar putea fi dificil să acorde o atenție deosebită

principiului proporționalității în momentul aplicării cauzelor de excludere facultative. Or, potrivit considerentului (101) din Directiva 2014/24, acest principiu implică în special ca, înainte de a decide excluderea unui operator economic, o astfel de autoritate să ia în considerare caracterul minor al neregulilor săvârșite sau repetarea unor nereguli minore.

33 Astfel, reiese în mod clar, după cum a arătat domnul avocat general la punctele 35 și 36 din concluziile sale, că puterea de apreciere a statelor membre nu este absolută și că, odată ce un stat membru decide să includă una dintre cauzele de excludere facultative prevăzute de Directiva 2014/24, acesta trebuie să respecte caracteristicile sale esențiale, astfel cum sunt menționate în directivă. Specificând că statele membre precizează „condițiile de aplicare a prezentului articol”, „cu respectarea dreptului Uniunii”, articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 le împiedică pe acestea să denatureze cauzele de excludere facultative stabilite la această dispoziție sau să ignore obiectivele sau principiile care inspiră fiecare dintre aceste cauze.

34 Or, astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul

articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 că legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.

35 Pe baza considerațiilor care precedă trebuie să se răspundă instanței de trimitere.

36 Astfel cum reiese din decizia de trimitere, articolul 80 alineatul 5 litera c) din Codul privind contractele de achiziții publice abilitează o autoritate contractantă să

excludă dintr-o procedură de cerere de ofertă un operator economic atunci când,

printre altele, aceasta demonstrează, prin mijloace adecvate, în primul rând, că acest

operator s-a făcut vinovat de abateri profesionale grave de natură să pună sub semnul

întrebării integritatea sau fiabilitatea sa, în al doilea rând, că aceste abateri profesionale grave, care pot rezulta din deficiențe semnificative survenite în timpul executării unui contract anterior de achiziții publice, au condus la rezilierea contractului încheiat cu autoritatea contractantă, la acordarea de daune interese sau la o altă sancțiune comparabilă și, în al treilea rând, că această reziliere nu a fost atacată în instanță sau a fost confirmată în urma unei proceduri jurisdicționale.

37 Este evident că o dispoziție națională precum articolul 80 alineatul 5 litera c) din Codul privind contractele de achiziții publice nu este de natură să mențină efectul util al cauzei de excludere facultative prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (c) sau (g) din Directiva 2014/24.

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

39 În plus, o normă precum cea prevăzută la articolul 80 alineatul 5 litera c) din Codul privind contractele de achiziții publice nu încurajează în mod vădit un ofertant câștigător, vizat de o decizie de reziliere a unui contract anterior de achiziții publice, să adopte măsuri corective. În această măsură, o astfel de regulă este susceptibilă să încalce dispozițiile articolului 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24.

40 Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57

alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se

aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă,

urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile

menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic trebuie să dovedească că a

plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele

prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abateri, 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.

41 În această privință, măsurile corective subliniază, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 44 din concluziile sale, importanța acordată fiabilității operatorului economic, acest element influențând profund cauzele de excludere referitoare la caracteristicile subiective ale ofertantului.

42 Prin urmare, având în vedere cele ce precedă, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia introducerea unei acțiuni în justiție împotriva deciziei de reziliere a unui contract de achiziții publice luate de o autoritate contractantă ca urmare a unor deficiențe semnificative survenite în timpul executării sale împiedică autoritatea contractantă care lansează o nouă cerere de ofertă să facă vreo apreciere, în faza de selecție a ofertanților, cu privire la fiabilitatea operatorului vizat de această reziliere.

De asemenea, în cauza C 267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, Curtea Europeană de Justiție a stabilit următoarele: Articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că subcontractarea de către un operator economic a unei părți din lucrări în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, decisă fără consimțământul autorității contractante și care a condus la rezilierea acestui contract, constituie o deficiență semnificativă sau persistentă la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente contractului de achiziții publice menționat, în sensul dispoziției respective, și este, așadar, de natură să justifice excluderea acestui operator economic de la participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice ulterior dacă, **după ce a procedat la propria evaluare a integrității și a fiabilității operatorului economic vizat de rezilierea contractului de achiziții publice** anterior, autoritatea contractantă care organizează această procedură de achiziție publică ulterioară apreciază că o astfel de subcontractare determină ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză. Înainte de a pronunța o astfel de excludere, autoritatea contractantă trebuie însă, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea acestui operator economic **să prezinte măsurile corective** pe care le-a adoptat ca urmare a rezilierii contractului de achiziții publice anterior.

Așadar, se constată a fi întemeiate criticile contestatoarei vizavi de decizia de respingere a ofertei sale.

În ceea ce privește necesitatea luării unei măsuri de respingere a ofertei temeiul art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic, se reține că o astfel de măsură nu ar fi justificat, fiind disproporționată raportat la motivul transmiterii de către această societate a punctului de vedere pe parcursul evaluării ofertei, respectiv acela de a aduce la cunoștința autorității contractante a existenței documentelor constatatoare ale unui

contraofertant și existența unor decizii ale Consiliului pronunțate în legătură cu respectivele documente, apreciind că autoritatea contractantă trebuie să țină seama de acestea în evaluarea ofertei . Aducerea la cunoștința achizitoarei a unor informații existente, publicate pe site-uri, respectiv SEAP și CNSC, nu pot atrage luarea măsurii respingerii ofertei Autoritatea contractantă este cea în măsură să decidă asupra informațiilor primite.

Astfel fiind, se constată a fi nefondate criticile vizavi de respingerea ofertei

Va fi respins ca nefondat capătul de cerere privind aplicarea art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 și atribuirea contractului către contestatoare, ținând seama că s-a dispus reevaluarea ofertei acesteia.

Vizavi de excepțiile inadmisibilității capătului de cerere nr. I și lipsei de interes a capetelor de cerere nr. II și III, având în vedere cele reținute mai sus, acestea vor fi respinse.

Fiind admisă, în parte, contestația, va fi admisă în parte cererea de intervenție formulată ...

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de contradictoriu cu și anulează procesul-verbal al ședinței de verificare a ofertei tehnice nr. C03498/06.04.2022, în partea ce privește oferta, și raportul procedurii de atribuire nr. ..I-04704/13.04.2022, în partea ce privește loturile 11, 12 și 13. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondate, capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la constatarea caracterului inacceptabil al ofertei ... la atribuirea către contestatoare a contractului, în temeiul art. 26 alin. (10) din lege.

În temeiul art.64 Cod procedură civilă, admite, în parte, cererea de intervenție formulată de Împotriva deciziei 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, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.