

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. din data de, transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de ora 11:10, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. din data de, și depusă la serviciul de curierat rapid TNT în data de (AWB:), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. din data de, formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul cu nr., având Cod de Identificare Fiscală, atribut fiscal RO, reprezentată legal de, în calitate de administrator, împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică consemnat în raportul procedurii nr. din data de, emis de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, desfășurată în conformitate cu art. 71 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, cu un singur operator economic, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, având ca obiect, divizat pe loturi, cu referire exclusivă la lotul nr. 38 – „.....” și lotul nr. 63 – „.....”, cod CPV principal 33111710-1 Accesorii pentru angiografie (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- admiterea contestației așa cum este formulată;
- anularea raportului procedurii nr. aferent loturilor 38 și 63 și a tuturor documentelor generate în urma acestuia, emise de autoritatea contractantă și *comunicat/publicat în SEAP la data de*, prin care ofertele pentru loturile 38 și 63 au fost declarate inacceptabile în mod nelegal și nefondat;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa de calificare DUAE pentru loturile 38 și 63 cu luarea în considerare a ofertelor pentru aceste loturi și la dispunerea de

măsuri de remediere, în sensul reevaluării ofertelor depuse pentru lotul 38 și 63 de la etapa evaluării DUAЕ, iar apoi a propunerilor tehnice și financiare aferente lotului 38 și schimbarea deciziei de anulare a lotului 63 după evaluarea tehnică și financiară a ofertei depuse pentru acest lot - cu respectarea cerințelor solicitate prin lege, prin caietul de sarcini și fișa de date a achiziției, enunțate prin documentele procedurii mai sus menționate.

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 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. 73 din data de, înregistrată la Consiliu cu nr. din data de, ..., în calitate de ofertantă la licitația deschisă, desfășurată în conformitate cu art. 71 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, cu un singur operator economic, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, având ca obiect „.....”, divizat pe loturi, cu referire exclusivă la lotul nr. 38 - „.....” și lotul nr. 63 - „.....”, inițiată în data de prin transmiterea spre publicare în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare *SEAP*, a unui anunț de participare, în baza art. 72 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 54 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare *Norme metodologice*, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă. Anunțul de participare având codul de identificare a fost publicat în *SEAP* în data de

Prin contestația sa, ..., în calitate de ofertantă la procedura de licitație deschisă, critică decizia autorității contractante de a respinge ofertele sale pentru loturile 38 și 63 ca inacceptabile deoarece aceasta

nu a completat în declarația DUAЕ existența unui certificat constatator negativ emis de o altă autoritate contractantă.

În continuare arată că autoritatea contractanta i-a solicitat în acest sens prin adresa nr. /, să clarifice următoarele aspecte:

- „ *existența în SEAP a documentului constatator nr. din, emis de către, pentru Ctr. Subs. nr. din aferent A.C. nr. ... încheiat în, unde aveți un prejudiciu creat în sumă de lei*” și

- „ *de ce nu este înscris în documentul DUAЕ, existența documentului constatator nr. din, la Partea C: Motive legate de insolvența, conflict de interese sau abateri profesionale: Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*”.

Precizează că prin adresa nr. a răspuns solicitării autorității contractante, prin care a clarificat faptul că:

- situația imposibilității executării contractului precizat în certificatul constatator era creată în contextul pandemiei SarsCov2, în anul 2020, produsul obiect al contractului fiind un dezinfectant, deci incidentul a avut cauze și împrejurări externe care nu puteau fi prevăzute la o dată anterioară și nici evitate cu diligență;

- inițiativa rezilierii a aparținut, în condițiile în care anterior a notificat autoritatea cu privire la imposibilitatea livrării acestor produse, dar și pentru a oferi posibilitatea autorității contractante de a-și achiziționa produsele de la alți furnizori;

- a achitat presupusul prejudiciu, deși acest lucru nu a fost solicitat de, în acel moment.

Referitor la faptul că documentul constatator nr. din nu este specificat în documentul DUAЕ, la Partea C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale: încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, menționează faptul că “litigiul” cu a fost închis în urma achitării pretinsului prejudiciu, motiv pentru care consideră că în prezent nu are nicio situație litigioasă legată de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale de tip: încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, nici cu, cu care are contracte noi încheiate și nici cu altă autoritate contractantă. Certificatul constatator în cauză rămâne însă vizibil în SEAP o perioadă de 3 ani, adică până în iulie 2023.

Subliniază faptul că, din punct de vedere legal, referitor la utilizarea documentelor constatatoare în procedurile de atribuire, art. 166 din HG nr. 395/2016, stabilește la alin. (8), obligația comisiei de evaluare de a analiza, atunci când ia decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui astfel de document constatator, dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, arată că pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, pe baza unui document constatator, acesta trebuie să reflecte că operatorul economic:

- fie și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice;

- fie și-a încălcat în mod 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.

Mai arată că motivele nelivrării produselor sunt descrise în documentul constatator invocat, fiind evidente cauzele de forță majoră. Prejudiciul rezultat, cuantificat de ca fiind diferența de preț achitată pentru achiziționarea produselor de la un alt furnizor a fost achitat, din nou cu bună credință, de către În concluzie, elementele documentului constatator nu întrunesc condițiile gravității sau repetării încălcării obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice.

Concluzionând, arată că este de reținut faptul că, în vederea luării unei decizii privind excluderea sau nu a unui operator economic în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă ar fi avut obligația de a verifica îndeplinirea tuturor condițiilor impuse de lege, de a analiza toate aspectele și documentele relevante în acest sens și de a dispune toate măsurile care se impun în vederea clarificării eventualelor incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența situației de excludere.

Totodată menționează că activitatea sa până în prezent a fost una exemplară, fără nicio abatere de la bunul mers al contractelor de achiziție publică, astfel încât apreciază că a avut o conduită corespunzătoare.

Subliniază următoarele aspecte:

1. - Cu, a avut în trecut încheiat un acord-cadru de furnizare „.....”), care a expirat la ..., executat în totalitate în condiții profesionale (.... - loturile 8, 9 și 41).

2. - Tot autoritatea contractantă, a publicat în SEAP, ulterior procedurii contestate, alte 4 proceduri la care a participat, care sunt în următoarea situație:

- - medicamente - procedură în care i s-a solicitat aceeași clarificare referitoare la certificatul constatator negativ din SEAP la care a răspuns cu aceeași adresă, procedură în care a fost calificată și considerată conformă, având depuse deja documentele justificative DUAE

- - materiale sanitare - procedură în care i s-a solicitat aceeași clarificare referitoare la certificatul constatator negativ din SEAP la care a răspuns cu aceeași adresă, procedură în care a fost calificată și considerată conformă, având depuse deja documentele justificative DUAE

- - servicii - procedură la care nu i s-a solicitat deloc clarificarea în legătură cu certificatul constatator în cauza, procedura în care a fost calificată conformă, având depuse deja documentele justificative DUAE

- - dezinfectanți - procedură la care nu i s-a solicitat clarificarea în legătură cu certificatul constatator în cauză, procedură în care a fost calificată și considerată conformă, procedură care este deja atribuită.

3. - Cu autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator, ..., a avut și are în continuare relații contractuale bune, a participat și participă în continuare la proceduri de achiziție publică, fără să fie declarată inacceptabilă, având încheiate un număr mare de acorduri cadru și contracte subsecvente aferente mai multor tipuri de produse oferite.

4. Și alte autorități contractante, care au avut proceduri de valoare mare și care au beneficiat de control ex ante, i-au solicitat clarificări cu privire la documentul constatator în cauză, iar explicațiile date, similare (identice ca și conținut) cu cele înaintate ca răspuns la clarificări în prezenta procedură, au fost suficiente pentru a accepta oferta În acest sens exemplifică următoarele proceduri: -; -; -

În drept, sunt invocate prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016.

În probațiune, sunt depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulate de, ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al derulării procedurii de atribuire arătând că în procesul de evaluare a identificat patru operatori economici cu documente constatatoare negative și anume:, ..., ... și, Doar ofertanții și aveau consemnate în DUA documentele constatatoare negative.

Aceasta precizează că formularul DUA impune declararea situațiilor juridice existente la momentul completării și permite totodată ofertantului să precizeze existența unor circumstanțe relevante, urmând ca în evaluare, comisia să stabilească efectele acestor acte în procedură.

Susține că în data de ..., comisia de evaluare a solicitat ofertantului clarificări cu privire la existența în SEAP a documentului constatator nr. din emis de către, iar acesta a răspuns în data de, depunând dovada plății prejudiciului creat (OP-ul nr. din data de semnat cu semnătură electronică extinsă). Ofertantul a menționat că, inițiativa rezilierii aparținut „*subscrierii, în condițiile în care anterior am notificat cu privire la imposibilitatea livrării acestor produse, dar și pentru a oferi posibilitatea autorității contractante de a-și achiziționa produsele de la alți furnizori, aspect care dovedește buna noastră credință în derularea relației contractuale cu aceasta, iar prejudiciul cuantificat de autoritatea contractantă deși nu este un prejudiciu cert, apreciem că este îl considerăm nejustificat*”. Totodată se specifică că au fost adoptate măsuri de reorganizare, control și raportare în sensul asigurării, de către

producătorul, a unor stocuri adecvate de produse în vederea evitării unor situații similare celei menționate.

În continuare, autoritatea contractantă arată că în urma analizei DUAЕ și a răspunsului la solicitarea de clarificări a ofertantului, analiză consemnată în procesul-verbal al ședinței de analiză a DUAЕ nr., pentru care ANAP a emis aviz conform necondiționat nr., comisia de evaluare a ofertelor a hotărât excluderea din procedura a ofertei pentru loturile nr. 38 și 63, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Aceasta arată că având în vedere și aspectele reținute și învederate de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în spețe identice (de exemplu B02021_333 din Buletinul Oficial din site-ul CNSC), a considerat, că avea obligația declarării în mod real a tuturor informațiilor solicitate în cuprinsul DUAЕ.

Susține că avea obligația legală de a declara în DUAЕ situația de încetare anticipată a contractelor derulate anterior, indiferent de motivul care a stat la baza rezilierii acestor contracte, autoritatea contractantă fiind cea care stabilește, dacă anumite situații de reziliere a contractelor încheiate anterior sunt relevante sau nu și dacă este necesară clarificarea acestora în scopul verificării dacă se circumscriu situațiilor de excludere din procedură prevăzute de art. 167 alin.(l) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În opinia sa, în condițiile în care ofertantul a declarat că nu se afla în vreo situație de excludere prevăzută de art. 167 din Legea nr. 98/2016, demonstrându-și explicit lipsa de credibilitate, acțiunea autorității contractante de a-i solicita dovezi care să arate că *„măsurile luate de acesta simt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere"* (motive de excludere a căror existență a negat-o prin declarația nereală din DUAЕ) ar fi o acțiune contradictorie și contrară principiului tratamentului egal prevăzut la art.2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, și în același timp, o acțiune care favorizează un ofertant, lucru interzis și de către prevederile art. 209 alin. (2) din același act normativ.

Referitor, la faptul că, autoarea contestației menționează că a mai participat la patru proceduri de achiziție publică organizate tot de autoritatea contractantă în cauză, ulterior procedurii contestate, la care nu a fost/nu este respins, susținând faptul că autoritatea contractantă nu a aplicat unitar legislația achizițiilor publice, ... face următoarele precizări:

-, având ca obiect achiziția de medicamente - 127 loturi. În urma analizei documentelor depuse de ofertantul, analiză consemnată în procesul-verbal al ședinței de evaluare a DUAЕ nr., pentru care ANAP a emis aviz conform necondiționat nr., având în vedere necesitatea achiziționării acestui medicament (lotul 90) și că ofertantul este ofertant unic și că a achitat prejudiciul creat, comisia de

evaluare, aplicând principiul proporționalității, prin asumarea răspunderii, nu-l exclude din procedură, nefiind încălcat principiul tratamentului egal;

-, având ca obiect achiziția de materiale sanitare - 30 loturi. În urma analizei documentelor depuse de ofertantul, analiză consemnată în procesul-verbal al ședinței de analiză a DUA nr., având în vedere necesitatea achiziționării perfuzorului cu adaptor universal compatibil cu pompa de nutriție enterală, și că este distribuitor unic al pompei de nutriție enterală, precum și că a achitat prejudiciul creat, comisia de evaluare, aplicând principiul proporționalității, prin asumarea răspunderii, nu-l exclude din procedură, nefiind încălcat principiul tratamentului egal;

-, având ca obiect achiziția de service aparatură medicală - 49 loturi. În urma analizei documentelor depuse de ofertantul analiză consemnată în procesul-verbal al ședinței de analiză a DUA nr., și având în vedere că loturile nr. 4, 5 și 29 oferite de, conțin echipamente, ale căror producător este - și conform informării depuse în propunerea tehnică, SC este singura companie din România autorizată de producător pentru efectuarea serviciilor de verificare, întreținere, reparare și furnizare piese de schimb, precum și că este singura companie autorizată pentru acestea, și că a achitat prejudiciul creat, comisia de evaluare, aplicând principiul proporționalității, prin asumarea răspunderii, nu-l exclude din procedură, nefiind încălcat principiul tratamentului egal;

-, având ca obiect achiziția de dezinfectant - 7 loturi. În urma analizei documentelor depuse de ofertantul analiză consemnată în procesul-verbal al ședinței de analiză a DUA nr., având în vedere necesitatea achiziționării acestui dezinfectant (lotul 6), că ofertantul este ofertant unic și că a achitat prejudiciul creat, comisia de evaluare, aplicând principiul proporționalității, prin asumarea răspunderii, nu-l exclude din procedură, nefiind încălcat principiul tratamentului egal.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., contestația, ..., a transmis documentul "Răspuns la punctul de vedere" solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Față de aspectele învederate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, contestația formulează observații punctuale:

- Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia formularul DUA impune declararea situațiilor juridice existente la momentul completării, precizează că, la momentul completării formularului DUA, referitor la contractul subsecvent nr. încheiat cu, emitent al documentului constatator în cauză, nu mai exista nicio situație juridică, contractul fiind reziliat la solicitarea, în iulie 2020, după notificarea prealabilă a autorității, în baza art. 2 pct. f) din contract.

- Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia „*au fost identificați cu documente constatatoare negative patru operatori economici si anume: (...)*”, aceasta precizează că sigurul document constatator negativ pe care îl are în SEAP nu mai este producător de consecințe juridice, dar nu poate fi retras decât la 3 ani după producerea incidentelor.

- Chiar autoritatea contractanta precizează că a solicitat în data de „*clarificări cu privire la existenta în SEAP a documentului constatator nr. din, emis de către, pentru contractul subsecvent nr. din*”, ... răspunzând la clarificare, precizează ca, dacă i se solicită poate să depună și DUAЕ revizuit, chiar dacă motivul revizuirii declarației DUAЕ nu se justifică. În consecința, apreciază că a răspuns solicitării.

-: Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia „*necesitatea achiziționării acestui medicament (lotul 90), ca ofertantul este ofertant unic și ca a achitat prejudiciul creat, comisia de evaluare, aplicând principiul proporționalității, prin asumarea răspunderii, nu-l exclude din procedura, nefiind încălcat principiul tratamentului egal*” precizează că este sigurul caz în care este adevărată informația potrivit căreia ar fi, în acest caz, unic ofertant.

-: Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia „*având în vedere necesitatea achiziționării perfuzorului cu adaptor universal compatibil cu pompa de nutriție enterală, ca este distribuitor unic al pompei de nutriție enterală si ca a achitat prejudiciul creat. Comisia de evaluare, aplicând principiul proporționalității, prin asumarea răspunderii, nu-l exclude din procedura, nefiind încălcat principiul tratamentului egal.*” precizează că în această procedură, mai există încă un ofertant, care a fost declarat câștigător, ... făcând și cerere de acces la documente. În consecința, arată că în niciun caz nu poate fi „unic distribuitor” al produsului solicitat, deci susținerile acceptării ofertei nu se verifică.

-: Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia „*SC este singura companie din Romania autorizata de producător pentru efectuarea serviciilor de verificare, întreținere, reparare si furnizare piese de schimb: „SC în calitate de subsidiara in Romania a, este singura companie autorizata pentru activitățile de verificare, întreținere, reparare si furnizare a pieselor de schimb pentru echipamentele fabricate de aceasta, care deține documentația tehnică, dispozitivele hardware, programele software necesare efectuării service-lui. (...), Comisia de evaluare, aplicând principiul proporționalității, prin asumarea răspunderii, nu-l exclude din procedura, nefiind încălcat principiul tratamentului egal*” precizează că nici în această procedură nu a fost unic ofertant.

-: Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia „*în urma analizei documentelor depuse de ofertantul (...), având in*

vedere necesitatea achiziționării acestui dezinfectant (lotul 6), ca ofertantul este ofertant unic și ca a achitat prejudiciul creat, Comisia de evaluare, aplicând principiul proporționalității, prin asumarea răspunderii, nu-l exclude din procedura, nefiind încălcat principiul tratamentului egal" arată că în acest caz, ... nu este nici unic ofertant (fiind 3 operatori înscrși la procedura) și în niciun caz nu este singurul distribuitor al produsului ofertat. În concluzie invocarea principiului proporționalității și a neîncălcării principiului tratamentului egal nu este pertinentă și nu se susține.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., a transmis răspuns la documentul nr. intitulat "Răspuns la punctul de vedere", solicitând respingerea contestației formulată de, ca nefondată.

Menționează că în răspunsul la Punctul de vedere, contestatoarea critică activitatea comisiei de evaluare cu privire la faptul că i s-au solicitat clarificări în legătură cu documentul constatator negativ nr. din, emis de către, însă intenția membrilor comisiei de evaluare nu a fost să respingă oferta, ci de a se informa corect și de a afla motivele ofertantului, înainte de a lua o hotărâre de respingere, pentru care nu a declarat situația sa reală în DUAЕ, care este în fapt o declarație pe propria răspundere, potrivit art. 193 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea precizează următoarele:

- Nu trebuie să existe o situație „juridică”, nu toate certificatele negative sunt contestate de ofertanți în instanță, așa cum a fost și în cazul ofertantului contestator, care și-a recunoscut vina și a achitat „prejudiciul”; Apreciază că situația ar fi trebuit consemnată în declarația pe propria răspundere - formularul DUAЕ, iar comisia de evaluare și-ar fi exercitat atribuțiile prin analizarea situației, și după caz, aplicarea facilității prevăzută de legislație la art. 171 (Legea nr. 98/2016);

- Motivul respingerii ofertei a fost că ofertantul și-a încălcat în mod grav obligațiile, și nu că și-a încălcat în mod repetat obligațiile, din acest motiv există un singur certificat constatator negativ în SEAP.

- Relațiile contractuale ale contestatorului pot fi bune cu oricare autoritate contractantă, dar și cu autoritatea contractantă în cauză, nefiind vorba în motivele de respingere la procedura de achiziție publică în speță, decât despre certificatul negativ nr. din și declararea nereală a situației contestatorului la data depunerii ofertei, cât și a circumstanțelor existente în raport cu ofertele depuse de către ceilalți ofertanți și cu siguranță a prevederilor legale în vigoare;

- Faptul că niciun certificat constatator negativ nu poate fi retras din SEAP decât după ce a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației/faptei/eventului, este prevăzut în legislație, nu este o acțiune a comisiei de evaluare; Până la „prescrierea” acestora, ofertanții își pot demonstra credibilitatea numai prin declararea în mod real a

situației lor și furnizarea unor dovezi care să arate că măsurile luate de aceștia sunt suficiente prin raportare la motivele de excludere.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ alin. (2)²) coroborat cu art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de lei.

Documentul înregistrat la Consiliu cu nr. din, este reprezentat, printre altele, de dosarul achiziției publice.

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

Licitația deschisă, desfășurată în conformitate cu art. 71 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de în data de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, cu un singur operator economic, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, având ca obiect „.....”, divizat pe loturi, prin transmiterea spre publicare în SEAP, a unui anunț de participare, în baza art. 72 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 54 din Normele metodologice, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare având codul de identificare publicat în SEAP în data de, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a acordului-cadru (art. 14 din Legea nr. 98/2016) fiind de lei, fără TVA, lotul nr. 38 având ca obiect „.....” și o valoare estimată de lei, fără TVA (valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent la lotul nr. 38 fiind de lei, fără TVA), iar lotul nr. 63 având ca obiect „.....” și o valoare estimată de lei, fără TVA (valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent la lotul nr. 63 fiind de lei, fără TVA).

În calitate de participantă la procedura de achiziție publică în cauză, ... a primit din partea autorității contractante raportul procedurii nr. 3876 din data de (publicat în SEAP în data de) (vol. 3/3 – fila 569 – dosarul achiziției), prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de achiziție publică. În raport se precizează că în urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, ofertele acesteia au fost excluse din procedură pentru loturile 38 și 63, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice:

- 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;

- b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă;

motivat de faptul că ofertantul nu a completat în DUAE la partea III, C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, deși au existat consemnate documente constatatoare publicate în SEAP – abateri profesionale.

În același raport, autoritatea contractantă arată că lotul 63 se anulează în cadrul etapei de evaluare tehnică, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, încadrându-se în prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, ... a primit din partea autorității contractante adresa nr. din data de (vol. 3/3 – fila 572 – dosarul achiziției), prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de achiziție publică. În adresă se precizează că ofertele acesteia au fost excluse din procedură pentru loturile 38 și 63 pentru aceleași motive menționate în raportul procedurii.

În aceeași adresă, autoritatea contractantă arată că oferta declarată câștigătoare la lotul 38 este cea depusă de, care s-a situat pe locul I în clasamentul ofertelor admisibile, cu o propunere financiară de lei, fără TVA.

Împotriva deciziei autorității contractante, consemnată în raportul procedurii nr. din data de (publicat în SEAP în data de) (vol. 3/3 – fila 569 – dosarul achiziției), ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- admiterea contestației așa cum este formulată;
- anularea raportului procedurii nr. 3 aferent loturilor 38 și 63 și a tuturor documentelor generate în urma acestuia, emise de autoritatea contractantă și comunicat/publicat în SEAP la data de, prin care ofertele pentru loturile 38 și 63 au fost declarate inacceptabile în mod nelegal și nefondat;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa de calificare DUAE pentru loturile 38 și 63 cu luarea în considerare a ofertelor pentru aceste loturi și la dispunerea de măsuri de remediere, în sensul reevaluării ofertelor depuse pentru lotul 38 și 63 de la etapa evaluării DUAE, iar apoi a propunerilor tehnice și financiare aferente lotului 38 și schimbarea deciziei de anulare a lotului 63 după evaluarea tehnică și financiară a ofertei depuse pentru acest lot - cu respectarea cerințelor solicitate prin lege, prin caietul de sarcini și fișa de date a achiziției, enunțate prin documentele procedurii mai sus menționate.

Verificând legalitatea deciziei de respingere a ofertelor depuse pentru loturile 38 și 63 de către, prin prisma celor susținute de contestatoare, Consiliul reține că aceste critici vizează încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind excluderea acestora din procedura de achiziție publică.

Relevante în situația de fapt dată sunt prevederile:

- art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora:

(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 revineau 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;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora:

(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 alin. (1)-(3¹) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora:

(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.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

Drept urmare, în stabilirea legalității actului atacat, Consiliul va avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 167, Consiliul reține că, 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;

- 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;

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

Astfel, pentru a decide dacă a fost în mod legal respinsă din procedură la loturile 38 și 63, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului încheiat cu, s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 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, au fost emise documente constatatoare, de natura celor întâlnite în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

Este adevărat că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă important este a observa și că, potrivit aceleiași prevederi, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici 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. 167 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 Normele metodologice, *„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, [...]”, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, „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.”.*

Drept urmare, concluzia la care Consiliul a ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din Normele metodologice, 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 Normele metodologice, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din Normele metodologice, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document „reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”.

Subliniem faptul că nici din conținutul documentelor constatatoare și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele lor, nu rezultă că efectul unor astfel de documente este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emise. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentele constatatoare au fost sau nu anulate, faptul

neatacării lor de către operatorul economic pentru care au fost emise neputând să le confere efecte neprevăzute de lege.

Așadar, 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. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Încă o dată subliniem că excluderea operează numai dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere toate aspectele expuse, Consiliul constată că autoritatea contractantă din prezenta speță și-a manifestat rolul activ în verificarea îndeplinirii condițiilor care au determinat, în mod legal, excluderea din procedură (loturile 38 și 63) a prin solicitarea de clarificări nr. ... din data de punctul 1.

Văzând că, potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este ținută la a stabili dacă sunt întrunite condițiile cumulative, astfel încât, în mod legal să fie decisă excluderea din procedură a operatorului economic, Consiliul constată că, în mod corect, comisia de evaluare a înțeles să rețină aspectele rezultate din probatoriul administrat, probatoriu care susține o decizie de excludere din procedură (loturile 38 și 63) a societății contestatoare, autoritatea contractantă fiind singura în măsură să aprecieze asupra încălcării în mod grav a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică încheiat anterior.

Demersul autorității contractante, așa cum este analizat în prezenta motivare, reprezintă aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din Normele metodologice și art. 176 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar decizia autorității contractante corespunde celor reglementate la art. 171 din Legea nr. 98/2016, în mod legal și proporțional, autoritatea contractantă stabilind excluderea, concluzionând că aceasta se află în situația de excludere prevăzută la art. 176 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Relevante în speța analizată sunt și considerentele Curții de Apel București din decizia nr. din data de, potrivit cărora:

„Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici consiliul și nici instanța nu pot interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.”

Cât privește motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 („h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte

documentele justificative solicitate;”), Consiliul reține că omisiunea de a face trimitere la documentul constatator negativ reprezintă în mod real o declarație falsă, conform celor expuse mai înainte.

Luând în considerare argumentele de drept enunțate, prevederile art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, considerentul 4 din preambulul Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, art. 193 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 132 alin. (1) din Normele metodologice, Consiliul reține că ofertanții au obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres în DUAЕ, cu privire la situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar în cazul încălcării acestei obligații, prin declararea eronată și/sau omisiunea de a declara în DUAЕ a unor informații cu privire la situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care sunt esențiale comisiei de evaluare, devin incidente textele legale care reglementează cazurile de excludere prevăzute de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) și i) și art. 169 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”*. Pe cale de consecință, Consiliul reține că un operator economic participant la o procedură de atribuire are obligația de a declara în DUAЕ, atât la data completării DUAЕ cât și după data depunerii ofertei, orice/oricare situație/situații existentă/existente și intervenită/intervenite pe parcursul procedurii de atribuire, de natură a se încadra în motivele de excludere reglementate la art. 164, 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 (ceea ce include obligația de a declara existența unei situații de reziliere a unui contract de achiziție publică anterior, precum și obligația de a informa autoritatea contractantă despre existența unui document constatator.

În concluzie, stabilește Consiliul, activitatea autorității contractante cu privire la aceste aspecte este corectă, criticile contestatoarei fiind nefondate.

Având în vedere cele expuse, Consiliul reține caracterul nefondat al susținerilor vizând excluderea din procedură a ofertantei contestatoare la loturile 38 și 63 în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare,

Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de, în contradictoriu cu

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge ca nefondată contestația formulată de, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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,

.....