

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația datată 02.10.2023 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 53598/02.10.2023, depusă de ... SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de Director General și convențional prin ..., având sediul în ..., unde se vor comunica toate actele de procedură, privind procedura de licitație deschisă, cu faza finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Echipamente de resortul tehnologiei informațiilor: Lotul 1 - Stație de lucru fixă tip I; Lotul 5 - Stație de lucru portabilă tip I; Lotul 6 - Stație de lucru portabilă tip II*, cod CPV 30213300-8 *Computer de birou (Rev.2)*, de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- anularea adresei nr. 956.289/93/SAP/MB/13.09.2023 privind comunicarea rezultatului procedurii, prin care ofertele sale au fost clasate pe locul al doilea în clasamentul ofertelor pentru loturile 1, 5 și 6;
- anularea deciziei autorității contractante prin care ofertele depuse de către ... SRL au fost desemnate câștigătoare pentru loturile 1, 5 și 6;
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 956.289/90/SAP/MB/08.09.2023, publicat în SICAP la data de 20.09.2023, în partea care privește desemnarea câștigătoare a ofertelor ... pentru loturile 1, 5 și 6, precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acestea (procese-verbale de evaluare, deciziile/adresele privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire);
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de către ... pentru loturile 1, 5 și 6, de la etapa verificării admisibilității ofertelor, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și a considerentelor deciziei ce urmează a fi pronunțată în cauză, pentru considerentele expuse în contestație.

Prin cererea de intervenție nr. 36403/13.10.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 56208/13.10.2023, depusă de ... SRL cu sediul în ... și adresa de corespondență în Cluj-Napoca, str. ..., înregistrată la Registrul

Comerțului sub nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin administrator ..., privind aceeași procedură de licitație deschisă, intervenienta a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

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 ofertantul ... SA decizia autorității contractante de a desemna oferta depusă de ... SRL câștigătoare a loturilor 1, 5 și 6, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

I. În ceea ce privește solicitarea privind accesul la dosarul achiziției publice, contestatoarea arată că aceasta este formulată în contextul în care a formulat cerere de acces la autoritatea contractantă, însă sub pretextul faptului că ar exista documente ce conțin informații clasificate și a faptului că ... și-ar fi declarat confidențială oferta în integralitate, autoritatea nu i-a permis studiul documentelor, ci doar i-a pus la dispoziție câteva documente pe care le-a selectat după cum a crezut de cuviință. De asemenea, niciun document nu a putut fi xerocopiat.

În acest context, formulează cerere de acces la dosarul achiziției publice, rugând Consiliul să-i permită acces, inclusiv, la următoarele documente care nu au caracter confidențial și nici nu pot fi declarate ori probate ca atare:

- a) Formularul DUAЕ prezentat de către ... pentru lotul 1, 5 și 6;
- b) Solicitățile de clarificări adresate de către autoritatea contractantă ofertantului ... în legătură cu existența documentelor constatatoare negative și cu încadrarea ofertantului în cazul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum și Răspunsurile ... față de aceste solicitări de clarificări pe lotul 1, 5 și 6;
- c) Solicitățile de clarificări transmise de autoritatea contractantă ofertantului ... pentru justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut pe lotul 1, 5 și 6, precum și răspunsul furnizat de către ... față de aceste clarificări.

Accesul la documentele indicate anterior este solicitat în contextul în care contestația vizează, între altele, inclusiv: (i) situația vădită de excludere în care se află ofertantul ... ca urmare a gravelor și repetatelor încălcări ale obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul mai multor contracte de achiziție publică; (ii) tentativele ... de fraudare a altor autorități contractante prin furnizarea unor produse software fără licențe, deși acesta își asumase obligația de a livra inclusiv licențe noi, valabile; (iii) faptul că prețurile oferite de către ... nu pot fi justificate; (iv) faptul

că propunerea financiară nu poate fi corelată cu elementele propunerii tehnice, ofertantul nedemonstrând că, în prețul ofertat, poate livra și licențe cu caracteristicile solicitate de autoritatea contractantă; (v) propunerea tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, prețul echipamentelor ofertate nefiind sustenabil în raport de caracteristicile tehnice hardware și software pe care acestea trebuie să le îndeplinească potrivit caietului de sarcini. În continuare, petenta aduce argumente privind obligația demonstrării caracterului confidențial al documentelor.

II. Contextul promovării contestației

A. Organizarea procedurii de atribuire

În fapt, contestatoarea menționează că procedura în cauză este împărțită în douăsprezece loturi, relevante pentru soluționarea contestației fiind loturile 1, 5 și 6, acestea fiind singurele loturi contestate.

B. Rezultatul procedurii de atribuire pe loturile 1, 5 și 6

Petenta arată că, potrivit comunicării rezultatului procedurii de atribuire și a celor statuate în raportul procedurii, în ceea ce privește loturile 1, 5 și 6, ofertele sale au fost considerate admisibile, fiind însă clasate pe locul al doilea, ca urmare a aplicării criteriului „*cel mai bun raport calitate-preț*”. Din cuprinsul aceluiași documente, rezultă că au fost declarate câștigătoare ofertele depuse de către ..., cu o propunere financiară de (i) 17.950.000 lei, fără TVA, pentru lotul 1, (ii) 5.563.000 lei, fără TVA, pentru lotul 5, și (iii) 3.562.000 lei, fără TVA, pentru lotul 6, în contextul în care:

a) Ofertantul ... se află în cazul de excludere reglementat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, deoarece acesta și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul altor contracte de achiziții publice;

b) Ofertele ... sunt neconforme, întrucât:

(i) licențele ofertate de către acesta nu respectă cerințele documentației de atribuire, devenind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016;

(ii) Oferta financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016;

(iii) Prețurile din cadrul propunerii financiare nu pot fi justificate în raport de caracteristicile tehnice pe care echipamentele ofertate trebuie să le îndeplinească potrivit caietului de sarcini, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

III. Temeinicia contestației

A. Oferta ... se impune a fi exclusă din procedura de atribuire

În continuare, petenta demonstrează faptul că sunt îndeplinite condițiile de excludere a ofertantului ... din procedura de atribuire, prin raportare la următoarele argumente:

a) Sunt întrunite toate condițiile cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016;

b) Documentele constatatoare se bucură de prezumția de legalitate;

c) Ofertantul nu și-a demonstrat credibilitatea, deși în legătură cu unul dintre documentele constatatoare, i-au fost solicitate clarificări de către autoritatea contractantă.

A.1. Sunt îndeplinite toate condițiile cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016 pentru excluderea ofertantului ... din Procedura de atribuire

Petenta arată că, pentru a deveni incident cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, sunt necesar a fi îndeplinite următoarele condiții:

a) Încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;

b) Încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unui contract de achiziții publice;

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

În continuare, contestatoarea arată că sunt îndeplinite aceste condiții, astfeș:

A.1.1. Încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale

Ofertantul ... nu și-a îndeplinit în mod grav sau repetat obligațiile principale derivate din mai multe contracte de achiziție publică similare cu acordul-cadru ce urmează a fi atribuit în prezenta procedură de atribuire, sens în care autoritățile contractante cu care ... a derulat contracte de achiziție publică au emis pe numele acestuia mai multe documente constatatoare și, respectiv, note de constatare, după cum urmează:

1. Documentul constatatator final nr. 29888/12.07.2022 emis de către ...

Autoarea conte stației menționează că acest document constatatator a fost emis în legătură cu executarea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „*Stații de lucru tip desktop și portabile*”, autoritatea contractantă constatând faptul că ... nu și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale.

În esență, în documentul constatatator se arată expres faptul că ... nu a livrat licențele Microsoft conform caietului de sarcini, ci a livrat doar chei de activare a acestor licențe, ceea ce contravine cerințelor din caietul de sarcini.

Neîndeplinirea acestei obligații contractuale de către ..., astfel cum este descrisă în acest document constatat, a fost constatată în mod definitiv prin Decizia civilă nr. 377/21.06.2022 pronunțată de Curtea de Apel Cluj, prin care, instanța de judecată a reținut, în esență, următoarele:

a) Expertiza tehnică în specialitatea calculatoare, informatică și rețele și software de telecomunicații, administrată în cauză, demonstrează că produsele, obiect al contractului de achiziție publică, nu corespund specificațiilor din caietul de sarcini, existând suspiciunea folosirii unui cod ilicit, dezactivat la momentul efectuării expertizei și, respectiv, folosit anterior de 451 de ori;

b) Produsele furnizate de către ... nu au fost achiziționate cu toate drepturile, așa cum prevăd dispozițiile legale incidente;

c) Aceeași concluzie a fost exprimată și de către producătorul Microsoft, potrivit căruia o cheie de produs (PK) nu este o licență și, prin urmare, achiziționarea unei simple chei de produs (PK) pentru software nu include dreptul de a utiliza programul;

d) ... a livrat chei de acces în Uniunea Europeană destinate, însă, pieței din Asia, fără a respecta modul de licențiere al producătorului;

e) Distribuitorul are dreptul de a vinde doar chei de produs și nu licențe (drept de folosință);

f) ... nu a făcut dovada dreptului de a transmite mai departe cheia care permite operarea programului Microsoft Office 2019;

g) Prin urmare, produsele livrate de către ... nu corespund cerințelor tehnice stabilite în caietul de sarcini.

Astfel cum rezultă din documentul constatat, autoritatea contractantă a aplicat ofertantului ... penalități în valoare de 204.135,10 lei.

2. Documentul constatat nr. CV19/PI/110/16.04.2020 emis de către Societatea Națională de ... S.A. - ...

Contestatoarea arată că acest document constatat a fost emis în urma executării defectuoase de către ... a contractului de achiziție publică având ca obiect furnizarea de produse „*Cartușe de toner*”.

Autoritatea contractantă a constatat abateri de la calitatea serviciilor, respectiv faptul că ... nu a furnizat produsele marca My Office, astfel cum s-a obligat prin oferta tehnică și prin contractul de achiziție publică, proveniența cartușelor de toner furnizate și calitatea acestora nefiind posibil a fi dovedită.

Din aceste motive, contractul de achiziție publică a încetat de drept, iar autoritatea contractantă a impus ofertantului ... plata de daune-interese în valoare de 43.183 lei.

3. Documentul constatat final nr. 7/013842/19.09.2019 emis de către ...

Autoarea contestației precizează că, prin acest document constatat, autoritatea contractantă a constatat neîndeplinirea de

către ... a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Lot 2 - Licențe Office 2019 - 500 buc”.

În concret, ofertantul ... nu a constituit garanția de bună execuție potrivit dispozițiilor legale, ceea ce a condus la rezilierea contractului de achiziție publică și la reținerea de către autoritatea contractantă a garanției de participare la licitație.

4. Nota de constatare nr. 35294/25.09.2019 emisă de către Agenția pentru ...

Petenta menționează că, prin această Notă de constatare, autoritatea contractantă a constatat faptul că ... nu și-a îndeplinit la timp obligația contractuală de a furniza licențele Microsoft Office Standard 2019, potrivit contractului de achiziție publică de furnizare semnat între părți.

Obligațiile contractuale au fost îndeplinite cu o întârziere de 15 zile, autoritatea contractantă având dreptul de a aplica penalități de întârziere de 0,1% din prețul contractului/zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor contractuale.

5. Raportul procedurii nr. 352615/14.12.2022 emis de către ...

Chiar dacă în această situație nu este vorba despre un document constatat, ori o notă de constatare, precum cele de mai sus, contestatoarea subliniază faptul că oferta depusă de către ... în procedura de atribuire a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Stații de lucru” a fost respinsă ca inacceptabilă de către autoritatea contractantă.

În concret, din raportul procedurii (pag. 20-21) rezultă că autoritatea contractantă a făcut aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, referitoare la cazurile de excludere privind pe de o parte, încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar pe de altă parte, prezentarea de declarații false în conținutul informațiilor transmise autorității contractante.

Prin urmare, contestatoarea susține că, din toate înscrisurile enumerate anterior, la pct.1-5, rezultă faptul că ofertantul ... și-a încălcat, în mod grav și repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în nu mai puțin de patru contracte de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus, fie la încetarea respectivelor contracte (pct. 2 și 3), fie la plata de daune-interese sau penalități de întârziere sau reținerea garanției de participare (pct. 1 - 4).

De asemenea, contestatoarea menționează că aspectele constatate prin documentul constatat final și prin decizia civilă nr. 377/21.06.2022 pronunțată de Curtea de Apel Cluj, redată pe larg mai sus, sunt extrem de elocvente, deoarece devoalează un comportament recurent al societății ... de a oferta produse cu licențe neconforme sau, mai bine spus, produse care nici măcar nu dețin licențele solicitate expres prin documentația de atribuire (dar pe care ofertantul și le asumă, ofertând

prețuri absolut nesustenabile), ci simple chei de activare care nu echivalează în niciun caz cu o licență de software propriu-zisă.

A.1.2. Încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unui contract de achiziții publice

Petenta precizează că furnizarea unor produse similare celor din prezenta procedură era activitatea principală în fiecare dintre cele patru contracte de achiziții publice, enumerate mai sus, a căror obligații principale nu au fost îndeplinite sau au fost îndeplinite în mod necorespunzător de către Și această condiție este, deci, îndeplinită.

A.1.3. Încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus, alternativ, la una dintre următoarele consecințe (sanțiuni): (i) încetarea anticipată a respectivului contract, (ii) plata de daune-interese sau (iii) alte sanțiuni comparabile

Contestatoarea precizează că neîndeplinirea obligațiilor de furnizare a produselor față de autoritățile contractante de mai sus a condus atât la încetarea respectivelor contracte (pct. 2 și 3), cât și la plata de daune-interese sau penalități de întârziere sau reținerea garanției de participare (pct. 1 - 4).

Încălcările obligațiilor principale de către ... sunt grave, date fiind sancțiunea rezilierii (în cazul unor contracte) și quantumul prejudiciului nerecuperat produs (în cazul tuturor contractelor analizate mai sus).

Petenta arată că argumentele sale sunt confirmate inclusiv de jurisprudența instanțelor de judecată, din care redă, cu titlu de exemplu, următoarele pasaje relevante:

„Prin urmare, intimata autoritate contractantă avea îndatorirea ca, pe baza informațiilor furnizate de cele două documente constatatoare menționate anterior, să procedeze ea însăși la analiza incidenței situației de excludere constând în încălcarea în mod grav a obligațiilor 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, neputându-se prevala de lipsa unei hotărâri judecătorești care să confirme starea de fapt și de drept descrisă în documentele constatatoare. Sigur că, în măsura în care ar exista o hotărâre judecătorească ce ar statua cu autoritate de lucru judecat asupra existenței sau inexistenței unei încălcări grave a obligațiilor contractuale ale ofertantului, autoritatea contractantă este ținută să respecte principiul securității raporturilor juridice și pe cel al autorității de lucru judecat însă, în lipsa unei astfel de hotărâri judecătorești, autoritatea contractantă este ținută să aprecieze ea însăși asupra existenței situației de excludere expuse anterior.”

A.2. Ofertantul nu și-a demonstrat în concret credibilitatea

Totodată, autoarea contestației precizează și faptul că autoritatea contractantă a solicitat ofertantului ... clarificări în legătură numai cu unul dintre multiplele documente constatatoare negative emise pe numele acestuia.

Prin urmare, deși cel puțin în legătură cu unul dintre documentele constatatoare emise pe numele ..., autoritatea contractantă a făcut aplicarea dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, ... nu a furnizat dovezi concludente care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere incident.

Dimpotrivă, ... persistă în același comportament neglijent și păgubitor, ofertând produse pe care nu le poate livra, având, pentru fiecare an calendaristic, începând cu anul 2019, câte un document constatatator negativ. În aceste condiții, contestatoarea se întreabă ce dovezi ar putea să aducă acest ofertant pentru a-și demonstra credibilitatea (inexistentă prin raport la comportamentul contractual al acestuia), câtă vreme el continuă să nu își îndeplinească obligațiile principale ce îi revin în cadrul contractelor de achiziții publice semnate.

Pentru restul documentelor constatatoare indicate anterior, ... nici măcar nu a fost clarificat de către autoritatea contractantă, deoarece, probabil, aceste documente nu au fost declarate în Formularul DUAЕ, caz în care devine incident și cazul de excludere reglementat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, ofertele sale impunându-se a fi excluse pentru loturile 1, 5 și 6 și în raport de prevederile acestui text legal.

A.3. Documentele constatatoare se bucură de prezumția de legalitate

Contestatoarea arată că potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016 „Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii (...).”

Scopul documentului constatatator este tocmai acela de a institui un sistem eficient de apărare împotriva conduitei incorecte a operatorilor economici în cadrul contractelor de achiziții publice, motiv pentru care legiuitorul a acordat autorităților contractante dreptul de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, atunci când se află în posesia unui document constatatator care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale într-un contract de achiziții publice.

De asemenea, petenta arată că documentul constatatator este un act administrativ unilateral, cu forță obligatorie, care produce efecte juridice până când este anulat în mod definitiv de o instanță judecătorească, aspect confirmat atât prin Decizia ÎCCJ nr. 45 din 19 septembrie 2022 pronunțată ca hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor chestiuni de drept („Decizia HP nr. 45/2022”), cât și de jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată.

Prin Decizia HP nr. 45/2022, ÎCCJ a stabilit că „documentul constatatator emis în condițiile art. 161 din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 poate fi asociat părții reglementate a contractului de achiziție publică, fiind un act administrativ în sensul art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004(14), deoarece este unilateral, are caracter individual, este emis de o autoritate publică, în regim de putere publică, în vederea executării în concret a legislației achizițiilor publice, și produce efecte juridice (este necesar pentru finalizarea achiziției și poate avea consecințe și în proceduri de achiziție ulterioare).”

În concluzie, în raport de prima critică îndreptată împotriva ofertei ..., autoarea contestației solicită excluderea acesteia din procedura de atribuire, întrucât: (i) ... și-a încălcat în mod grav sau

repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul mai multor contracte de achiziții publice încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea acelor contracte, precum și la plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, fiind pe deplin aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016; (ii) deși, în aplicarea art. 171 din Legea nr. 98/2016, ofertantului i-a fost acordată posibilitatea de a-și demonstra credibilitatea, totuși „dovezile” furnizate autorității contractante nu îi demonstrează în concret credibilitatea.

În continuare, contestatoarea învederează și faptul că ofertantul ... a fost exclus dintr-o serie de licitații publice cu valori mari în considerarea reputației pe care și-a creat-o ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor asumate în contracte de achiziții publice și a livrării unor echipamente neconforme și inutilizabile:

a) ... - [Anunț de participare CN...] - 23.08.2022 - buget 28.243.702 RON - desktopuri & monitoare,

b) ... - [Anunț de participare CN...] - 24.11.2022 - buget 1,590,084 RON – laptopuri.

B. Oferta ... este neconformă

În continuare, petenta arată faptul că oferta ... este neconformă, dat fiind că:

a) Licențele ofertate de către ... nu respectă cerințele din caietul de sarcini și pe cele din specificațiile tehnice, devenind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016; și

b) Propunerea financiară nu este corelată cu elementele Propunerii tehnice, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016; și

c) Prețurile din cadrul Propunerii financiare nu pot fi justificate în raport de caracteristicile tehnice pe care echipamentele ofertate trebuie să le îndeplinească potrivit caietului de sarcini, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

B.1. Prevederi relevante din documentația de atribuire și dispoziții legale aplicabile

Relevante pentru criticile dezvoltate mai jos sunt următoarele cerințe impuse prin caietul de sarcini și Specificațiile tehnice:

a) Cap. 3.5.2 - Livrare, ambalare, etichetare, transport și asigurare pe durata transportului din Caietul de sarcini, pag. 7: „Ofertantul își va asuma faptul că toate produsele livrate vor fi noi și nefolosite, sigilate în ambalajul lor original. Nu se acceptă echipamente remanufacturate și/sau care au în componență elemente care au fost folosite anterior.”;

b) Specificație tehnică atât pentru stație de lucru fixă, cât și pentru stație de lucru portabilă, parte din Caietul de sarcini: „Sistem operare: Windows 11 Pro 64 bit sau echivalent”.

52. De asemenea, petenta arată că relevante sunt inclusiv următoarele dispoziții legale: art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (3) lit. a), c) și lit. d) din HG nr. 395/2016.

B.2. Licențele oferite de către ... nu respectă cerințele din caietul de sarcini și din Specificațiile tehnice

B.2.1. Ofertanții aveau obligația de a livra licențe Windows 11 Pro (sau echivalent) noi, nefolosite anterior

În esență, contestatoarea precizează că ceea ce a solicitat autoritatea contractantă prin caietul de sarcini și Specificațiile tehnice, redactate anterior, este ca ofertanții să ofere produse noi, nefolosite anterior, cerința aplicându-se atât la componenta hardware, cât și la componenta software.

Această concluzie derivă inclusiv din Răspunsul consolidat la Solicitățile de clarificări nr. 950577/1/SAP/MB/08.05.2023 („Răspunsul consolidat la Solicitățile de clarificări”).

În concret, la întrebarea nr. 25, prin care unul dintre ofertanții interesați să depună ofertă a solicitat o confirmare din partea autorității contractante, în sensul că pentru loturile 1 - 8, nu se vor accepta stații de lucru tip desktop și/sau stații portabile care prezintă licențe de Windows SHS (second hand software), autoritatea contractantă a răspuns, în mod clar, că „Nu se acceptă echipamente remanufacturate și/sau care au în componență elemente care au fost folosite anterior.”

Același răspuns a fost formulat și la întrebarea nr. 26, prin care ofertanții au întrebat dacă această cerință din caietul de sarcini se referă la toate componentele sistemelor de calcul, atât hardware, cât și software.

Așadar, ofertanții aveau obligația de a oferi, între altele, licențe Windows 11 Pro (sau echivalent) noi, nefolosite anterior, fiind exclusă ofertarea unor licențe second hand.

B.2.2. Prețul oferit de către ... nu susține ofertarea unor licențe noi Windows 11 Pro (sau echivalent), oferta ... fiind neconformă

Autoarea contestației menționează că, la o simplă analiză a prețului oferit de către ... pentru fiecare unitate oferită, în cadrul celor 3 loturi contestate, rezultă că prețul nu poate în niciun caz să fundamenteze, să justifice echipamentele oferite având caracteristicile tehnice impuse prin documentația de atribuire. Prețul/unitate este extrem de mic prin comparație, spre exemplu, cu prețul oferit de ... ori cu alte prețuri de pe piață, astfel că este imposibil ca acesta să acopere și contravaloarea unei licențe noi, așa cum solicită autoritatea contractantă.

În acest context, rezultă următoarele trei ipoteze: (i) fie ... nu a oferit deloc licențe Windows 11; (ii) fie ... a oferit licențe Windows 11 second hand; (iii) fie ... a oferit doar simple chei de activare (de acces), care nu reprezintă licențe propriu-zise și nu conferă un drept de folosință pentru utilizator, respectiv, pentru autoritatea contractantă. În oricare dintre aceste situații, oferta ... este neconformă.

Același comportament l-a avut ofertantul ... și în executarea contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „*Stații de lucru tip desktop și portabile*” încheiat cu ..., în urma căruia a fost emis

Documentul constatator final nr. 29888/12.07.2022 (a se vedea Subsecțiunea A.1.1 pct. 1 de mai sus). Cu privire la diferendul respectiv, prin Decizia civilă nr. 377/21.06.2022, Curtea de Apel Cluj a reținut faptul că ... a livrat simple chei de activare, nu licențe care să confere un drept de folosință.

Valoarea unei licențe noi este mult mai mare față de valoarea unei licențe second hand sau față de valoarea unei chei de activare.

Prin urmare, dat fiind prețul extrem de scăzut oferat de către ... pentru fiecare unitate în cadrul loturilor 1, 5 și 6, rezultă că, în realitate, acesta nu acoperă și contravaloarea unei licențe noi, așa cum s-a solicitat în documentația de atribuire și în acord cu răspunsul consolidat la solicitările de clarificări.

Mai mult, contestatoarea precizează că licențele Microsoft oferite de către ... sunt limitate pentru scopuri educaționale. În susținerea celor precizate, depune anexat e-mailul primit de la furnizorul ofertantului ..., respectiv ..., prin care confirmă că modelul de laptop marca HP 255 G9 afișat pe site-ul său și oferat de către ..., purtând specificația K12, este cu licență Windows adresată exclusiv beneficiarilor educaționali. Or, IGPR nu este o instituție educațională care să aibă dreptul de a utiliza astfel de licențe.

În concluzie, oferta ... nu respectă cerințele caietului de sarcini și Specificațiile tehnice, motiv pentru care se impune respingerea acesteia ca neconformă, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

B.3. Propunerea financiară a ofertantului ... nu este corelată cu elementele propunerii tehnice

În esență, petenta menționează că prețul oferat de către ... nu reflectă, nu justifică și nu susține caracteristicile tehnice ale echipamentelor oferite. Dată fiind valoarea redusă a acestui preț, este imposibil ca el să acopere și contravaloarea unei licențe noi Windows 11 Pro (sau echivalent), conform solicitării autorității contractante.

În continuare, petenta prezintă argumentele care conduc la această concluzie și, deci, la neconformitatea ofertei ...:

a) La data de 21.08.2023, ... i-a solicitat trei oferte de preț pentru trei tipuri de laptop identificate pe site-ul ..., care sunt identice cu cele ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, pentru a-și justifica prețul neobișnuit de scăzut, așa cum i-a fost solicitat de către autoritatea contractantă. Ceea ce, însă, a ridicat serioase îndoieli cu privire la oferta depusă de către ... a fost faptul că acest ofertant a adăugat intenționat sintagma „Win11P”, în cadrul descrierii produselor din cele trei solicitări de ofertă transmise societății sale, care ar fi certificat existența unei licențe Windows 11 Pro preinstalate, deși produsele respective nu aveau licență inclusă.

Mai mult, petenta precizează că ... a solicitat un preț mai mare decât prețul unitar de vânzare de pe site-ul ..., cel mai probabil în

speranța că va reuși „să păcălească” atât pe ..., cât și pe autoritatea contractantă, cu faptul că produsele oferite ar conține licență nouă Windows 11 Pro.

De exemplu, în e-mailul trimis la ora 14:09, ... a solicitat ofertă de preț pentru un laptop Lenovo identificat pe site-ul ..., în dreptul căruia, pe site, este indicat expres că nu conține sistem de operare (fiind, deci, fără licență), dată fiind sintagma „No OS” (no operating system, adică fără sistem de operare). Deși această sintagmă apare inclusiv în link-ul trimis de către ..., acest ofertant a adăugat, cu de la sine putere, în descrierea laptopului sintagma suplimentară „Win11P”, ca și cum laptopul ar conține licență Windows, deși se poate observa extrem de facil că produsul nu conține această licență.

Se observă, astfel, intenția ofertantului ... de a induce în eroare și, de asemenea, acest comportament reflectă, în realitate, inexistența licențelor Windows 11 Pro din oferta depusă de către

b) Contestatoarea menționează că a solicitat oferte de preț pentru o licență nouă Windows 11 Pro, atât de la furnizorul ofertantului ..., respectiv societatea ... SRL, cât și de la alți furnizori, sens în care a primit următoarele oferte de preț:

- (i) 125 \$ fără TVA, oferta de preț primită de la ...;
- (ii) 121\$ fără TVA, oferta de preț primită de la ... (furnizor autorizat Microsoft);
- (iii) 127\$ fără TVA, oferta de preț primit de la ... (furnizor autorizat Microsoft);
- (iv) 137\$ fără TVA, oferta de preț primită de la ... (furnizor autorizat Microsoft).

Autoarea contestației menționează că, dacă se ia în considerare valoarea de 125\$, fără TVA, cu care ... i-ar vinde societății sale licența în discuție și o transformă în moneda națională, aceasta ar valora aproximativ 600 lei fără TVA, respectiv aproximativ 750 lei, cu TVA inclus. În aceste condiții, este absolut nesustenabil și imposibil ca, spre exemplu, prețul de 1.299 lei + TVA pentru stația tip 1 aferentă lotului 1 oferit de către ... să includă și contravaloarea unei licențe noi Windows 11 Pro în valoare de 600 lei + TVA, câtă vreme diferența dintre prețul total și prețul licenței ar conduce la concluzia că produsul hardware în sine (laptopul ori desktopul și unitatea centrală) ar valora doar suma mică de 700 lei, fără TVA. Aceasta în condițiile în care prețul unui laptop nou, fără licență Windows, disponibil pe site-ul ... (...), este de cel puțin 1.399,99 lei fără TVA.

Aceeași întrebare se pune și în privința loturilor 5 și 6, unde ... a oferit două configurații de laptop marca HP, cu prețul de 1.628 lei + TVA pentru varianta 256SSD, respectiv 1.679 lei + TVA pentru varianta 512GB, ambele pretins a fi oferite cu licența inclusă Windows 11 Pro.

Aceste prețuri din propunerea financiară a ... nu pot fi reale ori, cel puțin, nu pot conține și contravaloarea unor licențe noi Windows 11 Pro, care sunt de o valoare considerabilă și, dacă ar fi oferite în mod real, prețul total ar fi și el în mod evident mai mare față de cel oferit în prezent de către

c) În continuare, petenta prezintă un tabel cu istoricul prețurilor de pe site-ul ... (deținut de societatea sa) din cursul lunii august 2023, cu privire la două categorii de laptopuri oferite de către ..., respectiv laptop Lenovo și laptop HP, fără licență Windows, precizând că din istoricul de preț, menționat în tabelul prezentat, rezultă concluzia evidentă că prețul oferit de către ... nu poate include și valoarea licenței Windows 11 Pro. Dacă un laptop având caracteristicile oferite de către ..., fără licență Windows, costă, în medie, 1.599,99 lei, fără TVA, și, respectiv, 2.799,99 lei, fără TVA (conform istoricului de preț din tabel), deci mai mult decât prețurile declarate de către ... în propunerea financiară, ce se presupune că ar conține inclusiv contravaloarea acestei licențe, devine evident că oferta ... nu este reală și, cu atât mai puțin, conformă.

d) De asemenea, autoarea contestației menționează că a solicitat oferte de preț de la alți furnizori (parteneri ai societății sale) cu privire la același tip de produse oferite de către ... și rezultatele sunt următoarele:

(i) Pentru lotul 1:

(7) Preț total 21			
Nr. crt	Echipament	Cost declarat de ... (oferta Royal cf. justificare prețuri)	Verificare ... Corporate
1	placa de baza - A520	RON1,299	RON204.37
2	procesor - AMD Ryzen 5 5600G		RON817.94
3	RAM - 8GB		RON55.40
4	storage - 256GB		RON58.73
5	ODD - dvdwr		RON51.43
6	carcasa		RON126.00
7	tastatura		RON17.37
8	mouse		RON7.90
9	licența Windows 11 Pro		RON546.80
			RON1.885,94
			vs. ... 145.18%

Contestatoarea precizează că, pentru a ajunge la această valoare de 1.885,94 lei, a folosit conversia valutară de la data depunerii ofertelor, pentru a reproduce cât mai fidel oferta ... (dacă s-ar face conversia în RON la data curentă, costurile ar crește considerabil).

De asemenea, a pornit de la alcătuirea unui sistem de calcul, care să respecte aceleași caracteristici tehnice, având în vedere cele mai ieftine componente similare pe care societatea sa le-a identificat în timpul disponibil de până la redactarea contestației.

Practic, având în vedere ofertele primite în prezent de la furnizorii ..., ..., ... și ..., din conținutul acestui tabel rezultă că prețul ofertat de către ... nu este real și nu poate fi justificat.

Calculul efectuat are în vedere inclusiv prețurile publicate pe site-ul furnizorului ..., la secțiunea B2B (respectiv în relația cu alte societăți, nu consumatori persoane fizice), cu privire la componentele produsului ofertat pe lotul 1. Raportat inclusiv la aceste prețuri, prețul final nu va fi în niciun caz cel de 1.299 lei conform propunerii financiare a ofertantului ..., ci mult superior, așa cum reiese din calculul efectuat mai sus. Practic, ofertantul ... nu poate justifica prețul de pe lotul 1 nici măcar în raport de prețurile practicate de propriul său furnizor, respectiv

Prin urmare, este imposibilă această configurație a prețului pe care ... susține că l-ar fi primit de la furnizorul său, ...

Mai mult, contestatoarea arată că, potrivit cerinței II.2.4. din fișa de date a achiziției, ofertanții aveau obligația de a include, în propunerea tehnică, 10.000 de bucăți stații de lucru fixe și, deci, de a cota în propunerea financiară, același număr de bucăți stații de lucru fixe, însă în oferta ..., prezentată de ..., în fundamentarea prețului neobișnuit de scăzut al ofertei sale, este cotată doar o singură bucată de stație de lucru fixă. O astfel de ofertă nu reflectă realitatea și nu demonstrează că prețul se va menține și pentru o comandă de 10.000 de bucăți - existând posibilitatea ca furnizorul să se afle într-o campanie promoțională, ori în lichidare de stoc și, deci, să nu poată menține/oferi acest preț pentru 10.000 de bucăți, ci doar pentru una, astfel cum i-a fost solicitată oferta. Prin urmare, câtă vreme oferta ... nu arată că prețul se va menține și pentru o comandă de 10.000 de bucăți, răspunsul său la solicitarea de clarificări este neconcludent, prețul ofertat nefiind justificat, iar oferta sa fiind vădit neconformă.

În continuare, autoarea contestației prezintă un extras dintr-o ofertă primită de la LENOVO, pentru 10.000 de bucăți conform fișei de date, din care rezultă inclusiv celelalte costuri ce trebuie avute în vedere de către ofertanți, cum ar fi, de exemplu, costurile cu extra garanția.

(ii) Pentru lotul 5:

Nr. Crt	Echipament	Cost declarat de ... (Oferta Royal cf. justificare preturi)	Verificare ... Corporate
1	laptop - HP 255 G9 Ryzen3 5425U 8GB /256GB	RON 1,628.00	RON 1,159.82
2	software Windows 11 Pro		RON 546.80
			RON 1,706.62

vs. ...
146.83%

Contestatoarea arată că, similar cu lotul 1, și pentru Lotul 5, a folosit conversia valutară de la data depunerii ofertelor, pentru a reproduce cât mai exact oferta Costul folosit la acest laptop este cel mai bun cost pe care ... (...) l-a avut pe site-ul său.

Petenta menționează că ... are statut de partener HP Amplify și, astfel, beneficiază de prețuri speciale/discounturi/rebate-uri și alte beneficii comerciale, pe care ... nu le-ar putea obține, luând în considerare poziția în piață a societății sale și reputația foarte bună de care se bucură.

Mai mult, se arată că, pe stocul furnizorului ... se află, în prezent, laptopul ofertat de către ..., respectiv marca HP 255 G9, în aceeași configurație solicitată de ..., având inclusă licența Windows 11 Pro, la costul unitar de 2.387 lei, cu mult superior prețului pe care ... pretinde că l-ar fi primit de la ... (1.628 lei + TVA pentru varianta 256SSD, respectiv 1.679 lei + TVA pentru varianta 512GB). În ceea ce privește laptopurile, sub nicio formă nu ar putea exista un discount real de 30%.

Totodată, autoarea contestației solicită Consiliului să observe că, în descrierea acestui laptop de la ..., care este ofertat de către ..., apare sintagma „K12”, care, în terminologia IT&C, înseamnă că dispozitivul are licență de Windows preinstalată cu acces restricționat de comercializare/folosire doar către mediul educațional. Un astfel de dispozitiv cu acces restricționat de comercializare/folosire doar către mediul educațional, nu este conform cu cerințele documentației de atribuire, nefiind posibil a fi utilizat de către IGPR.

Însuși furnizorul ... a confirmat expres că acest laptop, ce conține specificația K12, este dedicat instituțiilor de învățământ. Autoritatea contractantă, în speță IGPR, nu este, în mod evident, instituție de învățământ și, prin urmare, nu este o instituție acreditată pentru utilizarea licențelor educaționale.

(iii) Pentru Lotul 6:

Nr. Crt	Echipament	Cost declarat de ... (Oferta Royal cf. justificare preturi)	Verificare ... Corporate
1	laptop - HP 255 G9 Ryzen3 5425U 8GB /512GB	RON 1,679.00	RON 1,243.72
2	software Windows 11 Pro		RON 546.80
			RON 1,790.52

vs. ...
106.64%

Contestatoarea menționează că, inclusiv cu privire la acest lot, a folosit conversia valutară de la data depunerii ofertelor, pentru a reproduce cât mai exact oferta Costul folosit la acest laptop este cel mai bun cost pe care ... (...) l-a avut pe site-ul său.

Societatea sa a obținut acest preț de la furnizorul HP, dat fiind statutul de partener HP Amplify, beneficiind de prețuri speciale/discounturi/rebate-uri și alte beneficii comerciale pe care ... nu le-ar putea obține.

Prin urmare, petenta consideră că nici propunerea financiară depusă pe acest lot nu este justificată și nu reflectă capacitatea tehnică a produsului oferat.

În concluzie, având în vedere argumentele expuse pe larg anterior, rezultă că propunerea financiară a ofertantului ... nu este corelată cu elementele propunerii tehnice.

B.4. Prețurile din cadrul propunerii financiare nu pot fi justificate în raport de caracteristicile tehnice impuse prin documentația de atribuire

Autoarea contestației menționează că aceleași argumente prezentate în secțiunea anterioară B.3 sunt aplicabile *mutatis mutandis* și în privința acestei critici îndreptate împotriva ofertei

Practic, date fiind prețurile extrem de scăzute oferate de către ... pe loturile 1, 5 și 6, fiind imposibil ca acestea să conțină și contravaloarea licențelor Windows 11 Pro, rezultă că aceste prețuri nu pot fi justificate în raport de caracteristicile tehnice, fiind pe deplin aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

Caracteristicile tehnice solicitate de către Autoritatea contractantă se referă la ofertarea de produse (hardware și software) noi, nefolosite, inclusiv licențe noi Windows 11 Pro, astfel cum rezultă din cerințele caietului de sarcini și specificațiile tehnice. Ofertarea de licențe noi are ca efect formarea prețului astfel încât să includă bineînțeles și contravaloarea acestor licențe.

Întrucât ... a oferat prețuri foarte mici în raport de prețurile care pot fi în mod real oferate având în vedere ofertele existente pe piață (detaliat în secțiunea anterioară), rezultă că prețurile din cadrul propunerii financiare depuse de către ... nu pot fi justificate în raport de caracteristicile tehnice solicitate de către autoritatea contractantă.

În concluzie, având în vedere argumentele expuse anterior și înscrisurile probatorii depuse prin contestație, rezultă în primul rând că ... nu a oferat licențe Windows 11 Pro, iar în al doilea rând, chiar dacă le-a oferat, acestea sunt:

a) Educaționale - ... încalcă, astfel, drepturile de eligibilitate, de licențiere și de comercializare, deoarece IGPR nu este o instituție acreditată pentru folosirea licențelor educaționale; sau

b) Second hand - ... încalcă, astfel, cerințele caietului de sarcini și specificațiile tehnice, autoritatea contractantă menționând, explicit, că nu sunt acceptate licențe second hand; sau

c) Refurbished - ... încalcă, inclusiv în această ipoteză, cerințele caietului de sarcini și specificațiile tehnice, autoritatea contractantă menționând, explicit, că nu sunt acceptate licențe refurbished.

Prin urmare, în raport de cele mai sus, contestatoarea consideră că oferta prezentată de către ... se impune a fi respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a), c) și d) din HG nr. 395/2016.

Pentru toate motivele anterior expuse, solicităm admiterea contestației, astfel cum a fost formulată în petitul său.

Prin adresa nr. 968267/2/SAP/MB din 10.09.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 55109/09.10.2023, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de ... SA.

I. Autoritatea contractantă arată că, în motivarea contestației, autorul acesteia înțelege să evoce nelegalitatea raportului procedurii de atribuire și a comunicării rezultatului procedurii, formulând critici exclusiv cu privire la desemnarea admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de către ... SRL, fără a formula critici cu privire la rezultatul evaluării ofertei sale.

Astfel, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, solicită Consiliului să se pronunțe asupra excepției lipsei de interes a contestatoarei reținând dispozițiile art. 2 alin. (1) și ale art. 3 din Legea nr. 101/2016 și că solicitările contestatoarei, ce vizează raportul procedurii de atribuire și decizia de evaluare a ofertei ... SRL, nu sunt justificate de existența unui interes, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 101/2016.

II. În situația în care Consiliul constată faptul că, nu sunt incidente prevederile art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, cu privire la susținerile contestatoarei referitoare la modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către ... SRL pentru loturile 1, 5 și 6, achizițioarea formulează următorul punct de vedere:

A. Referitor la DUAE depus la procedura de atribuire, comisia de evaluare a declarat ca fiind admisă oferta ... SRL, la data de 08.06.2023, prin procesul verbal nr. 956289/16, în cadrul căruia a analizat situația operatorului economic în ceea ce privește încadrarea acesteia în cuprinsul secțiunii Motive de excludere, încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

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. (I) lit. g) din Lege.”

Autoritatea contractantă subliniază 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 au fost emise.

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.

Mai mult, se arată că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezența unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractată să le considere suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

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

De asemenea, achizitoarea menționează că și-a manifestat rolul activ în verificarea măsurilor luate și demonstrarea credibilității operatorului economic, tot procesul de verificare și evaluare fiind prezentat în cuprinsul procesului - verbal nr. 956289/16 din 08.06.2023.

Totodată, precizează că autoritatea contractantă este 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, în acest sens fiind relevante și considerentele Curții de Apel București din decizia nr. 7203 din data de 17.12.2018, potrivit căroră: "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."

B. Referitor la susținerile contestatoarei cu privire la "*oferta ... este neconformă*", autoritatea contractantă precizează că ofertanții au depus propunerile tehnice în conformitate cu prevederile secțiunii *IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice*, rezultatul evaluării tehnice este prezentat în cuprinsul procesului-verbal nr. 956289/30 din 07.07.2023 și a fost realizat în conformitate cu prevederile caietului de sarcini nr. 150137 din 27.03.2023 și ale specificațiilor tehnice.

De asemenea, pe tot parcursul evaluării propunerilor tehnice, comisia a avut în vedere și prevederile răspunsului consolidat nr. 960577/1 din 08.05.2023, publicat până la termenul limită de depunere a ofertelor, în cuprinsul căruia sunt regăsite clarificări ale autorității contractante cu privire la modul de îndeplinire a cerinței "*Sistem operare*" din cuprinsul specificațiilor tehnice aferente loturilor 1, 5 și 6.

Ofertantul ... a prezentat, în cuprinsul ofertei sale, ca modalitate de îndeplinire a cerinței "*Sistem operare*", soluția Windows 11 Pro 64 bit,

aspect considerat de comisia de evaluare ca fiind concludent și conform cu cele menționate anterior.

Așadar, prin procesul-verbal nr. 956289/30 din 07.07.2023 s-a stabilit că oferta depusă de ... este conformă și nu se încadrează în cuprinsul dispozițiilor art. 137 alin (3) lit. a), c) și d) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Comisia de evaluare a aplicat, pe tot parcursul procesului de evaluare, un tratament egal tuturor operatorilor economici participanți la procedura de atribuire, a evaluat propunerile tehnice după criterii transparente și în concordanță cu prevederile documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini, a specificațiilor tehnice și a răspunsului consolidat nr. 960577/1 din 08.05.2023.

Cu titlu de exemplu, pentru modalitatea de îndeplinire a cerinței "*Sistem operare*", autoritatea contractantă arată că ofertanții au propus soluții similare cu cele ale ofertantului declarat câștigător, toate ofertele fiind declarate conforme:

1. ... SA - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
2. ... ROMANIA SRL - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
3. ... SRL- soluția Windows 11 Pro 64;
4. ... SRL - soluția Windows 11 pro 64 bit OEM;
5. ... SRL - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
6. ... SRL - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
7. ... INTERNATIONAL SRL - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
8. ... SRL - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
9. ... SRL - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
10. ... ROMANIA SRL - soluția Windows 11 Pro 64.

Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritatea contractantă, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism din partea autorității.

În executarea acordurilor-cadru, autoritatea contractantă va realiza recepția cantitativă și calitativă a produselor în conformitate cu prevederile contractelor subsecvente, caietului de sarcini, specificațiilor tehnice și a ofertelor depuse, pentru verificarea cerințelor din documentația de atribuire pentru toate soluțiile hardware și software declarate câștigătoare.

Față de aspectele menționate anterior, autoritatea contractantă solicită constatarea faptului că susținerile operatorului economic sunt neîntemeiate și, pe cale de consecință, respingerea contestației, ca nefondată.

Prin adresa nr. 968379/1 din 11.10.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 55945/12.10.2023, autoritatea contractantă a formulat concluzii scrise.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei cu privire la posibilitatea ca ... SRL să furnizeze produsele cu licențe refolosite,

autoritatea prezintă Consiliului modalitatea de îndeplinire asumată de ... SRL cu privire la cerința 3.5.2 din cuprinsul caietului de sarcini: "Ofertantul își va asuma că produsele livrate vor noi și nefolosite, sigilate în ambalajul lor original. Nu se acceptă echipamente remanufacturate și/ sau au în componență elemente care au fost folosite anterior" .

"S.C. ... S.R.L își asumă faptul că toate produsele livrate vor fi noi și nefolosite, sigilate în ambalajul lor original. Nu se acceptă echipamente remanufacturate și/sau care au în componență elemente care au fost folosite anterior" - Propunerea tehnică, Axexa 1, pagina 1.

Prin cererea de intervenție nr. 36403/13.10.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 56208/13.10.2023, ... SRL a solicitat respingerea contestației ca nefondată, pentru următoarele considerente:

1. Potrivit prevederilor art. 171 din Legea 98/2016:

"(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.

(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."

Din lecturarea paragrafelor de mai sus, se poate observa ca legiuitorul lasă la latitudinea autorității contractante să decidă asupra credibilității fiecărui ofertant. Până la urmă, autoritatea contractantă este în măsură să evalueze dacă certificatele constatatoare negative deținute de un ofertant pot să aibă, sau nu, vreun impact asupra achiziției pe care o organizează. Fiecare procedură are particularitățile ei, în plus diferă și în funcție de momentul achiziției (spre exemplu în contextul pandemic, de război, au existat mai multe probleme de aprovizionare).

Intervenienta menționează că, în cadrul DUAЕ, a completat că deține certificate constatatoare negative, însă câmpul din cadrul DUAЕ nu-i permite o detaliere, spațiul fiind insuficient, acesta fiind motivul pentru care nu a indicat certificatele constatatoare.

În acest sens, a anexat la ofertă un document intitulat Anexa detaliere DUAЕ-semnat.pdf, unde a explicat situația certificatelor constatatoare negative. În plus, a primit o solicitare de clarificări, în cadrul căreia a formulat răspunsurile pe care autoritatea contractantă le-a acceptat, declarând-o eligibilă și câștigătoare.

Așadar, intervenienta consideră că legiuitorul a statuat, în mod corect, faptul că autoritatea contractantă este cea care decide asupra credibilității fiecărui ofertant, iar Consiliul nu poate să se pronunțe asupra acestei decizii ca fiind una corectă sau greșită.

În continuare, arată că potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016:

"(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.

(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:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

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."

2. Legat de aspectele invocate în legătură cu oferta sa, intervenienta menționează faptul că a depus o ofertă conformă cu toate specificațiile documentației de atribuire. Toate afirmațiile invocate de către contestatoare sunt simple supoziții, nu a demonstrat prin niciun document faptul ca oferta câștigătoare încalcă vreo prevedere a caietului de sarcini. Inclusiv din exprimarea utilizată "ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă" reiese că această contestație este nefundamentată. Iar referitor la produsele pe care le va livra, autoarea intervenției menționează că societatea sa și-a asumat obligația de a livra echipamente întocmai cum au fost solicitate în documentația de atribuire.

3. De asemenea intervenienta precizează că propunerea financiară a fost fundamentată printr-o ofertă susținută de către unul dintre furnizorii săi, iar până la declararea în fals, acel document se bucură de prezumția de legalitate. Faptul că contestatoarea apreciază că este o ofertă cu un preț prea scăzut nu are relevanță. Până la urmă fiecare operator economic are dreptul să aibă diverse parteneriate și își stabilește politica de prețuri în mod discreționar.

Față de considerentele evidențiate mai sus, autoarea intervenției apreciază punctul său de vedere pe deplin fundamentat, sens în care solicită respingerea contestației ca fiind nefondată, precum și pentru că oferta sa tehnică îndeplinește cerințele prevăzute în caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 36406/16.10.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 56652/17.10.2023, intervenienta a răspuns la solicitarea Consiliului nr. 56068/2757/C9/13.10.2023, depunând dovada conform căreia furnizorul i-a solicitat păstrarea confidențialității ofertei.

Prin adresa datată 24.10.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 58376/25.10.2023, contestatoarea a formulat concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziției publice transmis de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 969495/26.10.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 58948/27.10.2023, autoritatea contractantă a formulat note scrise.

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

În vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *Echipamente de resortul tehnologiei informațiilor: Lotul 1 - Stație de lucru fixă tip I;*

Lotul 5 - Stație de lucru portabilă tip I; Lotul 6 - Stație de lucru portabilă tip II, cod CPV 30213300-8 Computer de birou (Rev.2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, cu faza finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN.../14.04.2023.

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a acordului-cadru de furnizare este de 81.697.481, 00 lei, fără TVA, valoarea celui mai mare contract subsecvent, pentru lotul 1, este de 2.521.010,00 lei, fără TVA, pentru lotul 5 este de 2.521.000,00 lei, fără TVA și pentru lotul 6 este de 1.890.755,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate preț*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 22.05.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin *Adresa nr. 956.289/93/SAP/MB/13.09.2023* și *Raportul procedurii nr. 956.289/90/SAP/MB/08.09.2023*, prin care oferta depusă de ... SRL a fost desemnată câștigătoare pentru loturile 1, 5 și 6 câștigătoare, iar oferta sa, pentru cele 3 loturi, a fost clasată pe locul 2, ... SA a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 277.310,60 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. (2²) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar Recipisa de consemnare nr. 209549639/1, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, la data de 02.10.2023.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere că, după depunerea contestației ... SA înregistrată la Consiliu sub nr. 53598/02.10.2023, ... SRL a formulat cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. 56208/13.10.2023.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ... SRL, Consiliul are în vedere că, în ceea ce o privește pe intervenientă, interesul acesteia este evident în condițiile în care oferta sa este declarată câștigătoare a loturilor 1, 5 și 6, conform *Raportului procedurii nr. 956.289/90/SAP/MB/08.09.2023*, motiv pentru care, în conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ... SRL și o califică drept accesorie, în condițiile în care intervenția vizează menținerea ca fiind temeinice și legale a actelor autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației, și având în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de ... SRL, la data

de 03.10.2023, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în termenul legal.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție ... SRL, împreună cu contestația formulată de ... SA.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar, când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă invocă o pretinsă lipsă de interes a ofertantei ... SA în formularea contestației, pe considerentul că aceasta formulează critici exclusiv cu privire la desemnarea admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de către ... SRL, fără a formula critici cu privire la rezultatul evaluării ofertei sale.

Contrar celor susținute de achizitoare, ... S.R.L. are interes în promovarea contestației, interesul acesteia este evident în condițiile în care, așa cum a fost anterior reținut, oferta sa, în cazul loturilor 1, 5 și 6 se clasează pe locurile 2 în clasament conform *Raportului procedurii nr. 956.289/90/SAP/MB/08.09.2023*, motiv pentru care interesul său constă în a reclama oferta depusă de către ... SRL, care a fost clasată pe primul loc în clasament, în aprecierea contestatoarei desemnarea ofertantei câștigătoare fiind nelegală.

Astfel interesul de a contesta oferta depusă de către ... SRL, care a fost clasată pe primul loc în clasament, este unul justificat, dat fiind că oferta ... S.R.L. a fost desemnată câștigătoare a procedurii, scopul urmărit de către contestatoarea ... S.R.L. prin promovarea contestației este desemnarea ofertei sale ca fiind câștigătoare pe loturile 1, 5 și 6.

În raport de cele mai sus reținute, se constată netemeinicia excepției lipsei de interes a ofertantei ... SA în formularea contestației.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...)”*.

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea contestatoarei de studiere a dosarului cauzei, ... SA depunând *Concluzii scrise* înregistrate la Consiliu sub nr. 58376/25.10.2023.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității,

asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modalitatea de evaluare a ofertei declarate câștigătoare, fiind aduse critici referitoare la faptul că ofertanta ... SRL se află în cazul de excludere reglementat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, deoarece acesta și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul altor contracte de achiziții publice și aspecte legate de neconformitatea ofertelor depuse pe loturile 1, 5 și 6 motivat de următoarele:

(i) *licențele oferite de către ... nu respectă cerințele documentației de atribuire, devenind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016;*

(ii) *oferta financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016;*

(iii) *prețurile din cadrul propunerii financiare nu pot fi justificate în raport de caracteristicile tehnice pe care echipamentele oferite trebuie să le îndeplinească potrivit caietului de sarcini, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.*

Un prim aspect reclamat vizează faptul că ofertanta ... SRL se află în cazul de excludere reglementat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, deoarece acesta și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul altor contracte de achiziții publice.

În favoarea criticii aduse, contestatoarea menționează că autoritățile contractante cu care ... SRL a derulat contracte de achiziție publică au emis pe numele acestuia mai multe documente constatatoare și, respectiv, note de constatare, după cum urmează:

- *Documentul constatator final nr. 29888/12.07.2022 emis de către ...;*

- *Documentul constatator nr. CV19/PI/110/16.04.2020 emis de către Societatea Națională de ... S.A. - ...;*

- *Documentul constatator final nr. 7/013842/19.09.2019 emis de către ...;*

- *Nota de constatare nr. 35294/25.09.2019 emisă de către ...;*

- *Raportul procedurii nr. 352615/14.12.2022 emis de către ...*

Contestatoarea apreciază că ... SRL și-a încălcat grav sau repetat obligațiile contractuale derivate din mai multe contracte de achiziție publică similare cu acordul-cadru ce urmează a fi atribuit în prezenta procedură de atribuire motivând următoarele:

- *încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor contractuale este demonstrată prin documentele constatatoare negative și, respectiv, notele de constatare aflate la dosarul achiziției publice, prin care mai*

multe autorități contractante au constatat neîndeplinirea obligațiilor de către ... SRL;

- neîndeplinirea obligațiilor de furnizare a produselor față de autoritățile contractante respective a condus atât la încetarea respectivelor contracte , cât și la plata de daune-interese sau penalități de întârziere sau reținerea garanției de participare;

- încălcările obligațiilor principale de către ... SRL sunt grave, date fiind sancțiunea rezilierii (în cazul unor contracte) și cuantumul prejudiciului nerecuperat produs (în cazul tuturor contractelor analizate pe larg în cuprinsul contestației).

Se vor în soluționare și argumentele aduse de achizitoare în replică la cele reclamare, respectiv faptul că și-a manifestat rolul activ în verificarea măsurilor luate și demonstrarea credibilității operatorului economic, tot procesul de verificare și evaluare fiind prezentat în cuprinsul Procesului - verbal nr. 956289/16 din 08.06.2023. Achizitoarea a adăugat că autoritatea contractantă este 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.

Se reține faptul că pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat prin intermediul adresei nr. 956.289/12/23.05.2023 clarificări ofertantei ... SRL, față de împrejurarea că, în formularul DUAЕ, ofertanta a răspuns „DA, conform atașament” la secțiunea privind „*Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*” a solicitat următoarele:

„În conformitate cu prevederile art. 134, alin. 1 din HG nr. 395 din 2016, cu modificările și completările ulterioare, vă adresăm rugămintea de a clarifica informațiile prezentate în cuprinsul DUAЕ depus, Partea a III -a: Motive de excludere: C. Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, prin prezentarea de informații pe care le consideră relevante cu privire la neîncadrarea în cuprinsul prevederilor art. 167, lit. g din Legea 98 din 2016, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, veți prezenta dovezi care să arate că măsurile luate ca urmare a apariției situației sus prezentate sunt suficiente pentru a vă demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 36242/30.05.2023, ... SRL a furnizat o serie de explicații față de documentele constatatoare negative emise pe numele său de alte autorități contractante, respectiv:

1) Referitor la solicitare, va transmitem faptul ca am completat in cadrul DUAЕ la secțiunea: „C: Motive legate de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale - ÎNCETARE ANTICIPATA, DAUNE-INTERESE SAU ALTE SANCTIUNI COMPARABILE - Da, conform atașament”, si am depus documentul intitulat „Anexa detaliere DUAЕ”. In orice caz redepunem acest document. Daca mai aveți nevoie de alte detalii, va rugam sa ne transmiteti ce anume sa depunem.

Va solicitam sa tineti cont ca procentul certificatelor constatatoare negative este foarte mic in comparație cu procentul constatatoarelor pozitive (daca considerați necesar va putem transmite toate certificatele constatatoare pozitive) sau pot fi verificate direct pe SICAP.Mai precizam ca valoarea contractelor incheiate de către societatea noastra pe parcursul activitatii noastre este foarte mare in comparație cu valorile penalitatilor aplicate conform constatatoarelor negative.

In concluzie, avand in vedere argumentele si dovezile aduse in acest sens, se poate observa ca ne-am dovedit credibilitatea in sensul prevederilor de mai jos:

ART. 171 din Legea 98/ 2016

"(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."

Referitor la documentele constatatoare dorim sa facem urmatoarele mențiuni. Conform art. 171, in cazurile in care ofertantul se regaseste in situatia prevăzută la art. 167 alin 1 lit g) din Lege 98/2016, acesta are posibilitatea de a-si demonstra in concret credibilitatea prin raportare la acel motiv de excludere. O dovada in acest sens este adoptarea masurilor reparatorii impuse in respectiva situatie.

Societatea noastra a achitat penalitatile de intarziere calculate de către achizitor. Daca se considera necesar putem sa va transmitem extrase din contabilitate din care reies sumele compensate respective achitate si mentionate de beneficiari in documentele constatatoare.

Mai mult decât atât, au fost adoptate si masuri interne generale pentru a nu se repeta astfel de intarzieri (angajarea de personal pentru monitorizarea contractelor in derulare si largirea portofoliului de furnizori pentru a evita pe cat posibil intarzierea livrărilor, implementarea unui sistem software CRM pentru urmarirea mai eficienta a contractelor si comenzilor in derulare, etc). Facem dovada in acest sens prin anexarea dovezii ca am desemnat un angajat care monitorizează derularea contractelor de achiziție publica precum si o captura de ecran cu sistemul software implementat.

In baza celor expuse mai sus, consideram ca situatia reclamata nu intra sub incidența art. 167 alin 1 lit g) din Legea 98/2016 si nu poate reprezenta un motiv de excludere din procedura.

a. Referitor la documentul constatator nr. CV 19/PI/I I 0/16.04.2020 emis de către Societatea Naționala de Transport Feroviar de Calatori "CFR Calatori"-Sucursala Regionala de Transport Feroviar de Calatori Craiova invocam faptul ca ne-am aflat in imposibilitate obiectiva de îndeplinire a obligațiilor asumate inițial prin contract.

Astfel, la data de 13.03.2020 am trimis o adresa prin care am semnalat faptul ca in contextul pandemiei am intampinat dificultati in a livra toate produsele ce fac obiectul contractului nr. 06/17.02.2020. Mai exact nu am găsit toate produsele pe stoc la producător motiv pentru care am incercat sa identificam un produs înlocuitor. Produsele marca MyOffice sunt comercializate de un singur operator economic, astfel ca din moment ce acesta nu le-a avut pe stoc (pe motivul incetarii producției in contextul pandemiei) nu am avut decât opțiunea de a achiziționa produse înlocuitoare. In plus mai dorim sa precizam ca aceasta situatie nu a vizat toata marfa livrata. Cartușele pe care le-am găsit pe stoc la producător le-am livrat in perfecta stare. Pana la urma era o situatie imprevizibila si independenta de voința noastra. O situatie de imposibilitate fortuita de livrare a anumitor produse din oferta. Atașam declarația furnizorului in acest sens. Situatia creata a fost una atipica, similara unei forte majore si nu credeam ca ne vom mai intalni cu asa ceva. In orice caz subliniem ca autoritatea a inteles situatia creata, a emis certificatul constatator insa nu a solicitat penalitatile de intarziere, avand in vedere ca nu a fost culpa noastra in aces caz. Atașam dovada in acest sens a faptului ca am solicitat o confirmare de sold iar autoritatea ne-a transmis ca soldul la 31.12.2022 este de 0 lei.

b. Referitor la documentul constatator AD1014018 emis de către ... SA dupa cum reiese din document ne-au fost solicitate documentele justificative DUAE, am răspuns la aceea clarificare insa ulterior am constatat ca suntem in imposibilitate de a mai finaliza livrarea,

motiv pentru care nu am mai constituit garanția de buna-execuție și a fost desemnat castigator operatorul economic clasat pe locul 2, care ar fi câștigat și în ipoteza în care societatea noastră nu ar fi răspuns la clarificarea cu transmiterea documentelor doveditoare DUAE. Notabil în acest sens e faptul că autoritatea contractantă ne-a executat garanția de participare însă a desemnat castigator operatorul economic clasat pe locul 2. Așadar aceasta nu a suferit niciun prejudiciu așa cum reiese și din certificatul constatator, fiind vorba doar despre un decalaj de câteva zile.

c. Referitor la documentul constatator AD1011306 emis de către AGENȚIA PENTRU DEZVOLTARE REGIONALĂ CENTRU s-a întârziat cu livrarea însă se poate observa că a fost o întârziere minoră, dat fiind faptul că ni s-au aplicat penalități în valoare totală de 390 lei care s-au compensate cu factura noastră de furnizare, conform dovezilor atașate.

d. Referitor la documentul constatator AD1007590 emis de către ... CONSTANTA s-a întârziat cu livrarea și s-au aplicat penalități în valoare de 1587,72 lei însă menționez faptul că am mai avut un contract similar (777/02.04.2020), având ca obiect tot echipamente IT. După cum se poate observa această autoritate ne-a permis să participăm la încă o achiziție publică ulterior emiterii certificatului constatator negativ, ceea ce presupune faptul că neîndeplinirea obligației contractuale constatată prin documentul constatator AD1007590 nu a fost atât de gravă din moment ce ne-au desemnat castigatori la interval de un an.

e. Referitor la documentul constatator publicat sub nr. AD1070433 emis de către ... CONSTANTA, vă rugăm să observați că este același certificat constatator (emis de către autoritatea contractantă sub nr. 29888/12.07.2022) a fost anulat în SICAP publicat sub nr. AD1068456. Așadar acest certificat a fost inițial anulat de către autoritatea contractantă și apoi republicat fără a avea un temei. În plus facem dovada că acest certificat a fost contestat în instanță.

Invocăm în acest sens prevederile art. 166 alin 5 din Normele metodologice din 2016 care stabilesc ca: „Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.”

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

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

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

Dacă legiuitorul a considerat important formularea unei contestații în vederea nepublicării actului, în esență, nu contestația este importantă ci faptul că, prin formularea contestației se supune atenției și analizei instanței legalitate actului contestat, motiv pentru care trebuie să se aștepte până la pronunțarea soluției de către aceasta din urmă.”

Răspunsul furnizat de ... SRL a fost analizat de membrii comisiei de evaluare la data de 08.06.2023, ocazie cu care a fost încheiat *Procesul - verbal nr. 956289/16/SAP/PMB din 08.06.2023 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, concluzia membrilor comisiei de evaluare fiind aceea a concludenței răspunsului transmis și cerința îndeplinită.

Criticile aduse de contestatoare vizavi de pretinsa depășire a termenului limită de 2 zile lucrătoare impus de către autoritatea contractantă, aspect care conduce la incidența dispozițiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 în raport de care se impune respingerea ofertei ... ca inacceptabilă, dat fiind că nu a transmis clarificările solicitate în interiorul perioadei precizate de către autoritatea contractantă sunt neîntemeiate, la dosarul cauzei se regăsește dovada

transmiterii adresei nr. 956.289/12/23.05.2023, la data de 29.05.2023, cu dată limită de răspuns 31.05.2023.

Sunt adevărate susținerile achizitoarei și ale autoarei intervenției, potrivit cărora 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. În mod similar sunt judicioase și precizările potrivit cărora 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.

Așa cum a susținut și achizitoarea, aceasta este 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, însă această apreciere trebuie să izvorască dintr-o analiză punctuală și detaliată vizavi de măsurile luate de ... SRL ca urmare a emiterii certificatelor constatatoare reclamate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Contrar celor sus susținute de autoritatea contractantă, potrivit cărora *"tot procesul de verificare și evaluare fiind prezentat în cuprinsul procesului - verbal nr. 956289/16 din 08.06.2023"*, analiza efectuată de membrii comisiei de evaluare a fost una formală, astfel cum rezultă din mențiunilor consemnate în cuprinsul *Procesului - verbal nr. 956289/16/SAP/PMB din 08.06.2023 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, în secțiunea dedicată evaluării ofertantei ... SRL:

"Comisia de evaluare consideră necesară solicitarea unei clarificări, privind informațiile transmise la PARTEA III: Motive de excludere: C. Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale din cuprinsul DUAE, prin prezentarea documentelor constatatoare și prezentarea de informații pe care le consideră relevante cu privire la neîncadrarea în cuprinsul prevederilor art. 167, lit. g din Legea 98 din 2016, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, candidatul va prezenta dovezi care să arate că măsurile luate de acesta ca urmare a apariției situației susprezentate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(...)

COMISIA DE EVALUARE DECIDE

Până la data limită, operatorii economici au transmis răspunsurile acestora, astfel:

(...)

-la data de 30.05.2023, ora 13:23, S.C. ... S.R.L., a transmis formularele de răspuns cu nr. CN.../00710-Răspuns solicitare ... și CN .../00711-Anexă detaliere DUAE, semnate cu semnătură electronică unică extinsă, prin care a prezentat răspuns clarificare nr. 956.289/12 din 23.05.2023.

Analizând răspunsul, comisia de evaluare consideră că acesta este concludent, în consecință cerința este îndeplinită."

Sunt juste precizările achizitoarei, vizavi de faptul că a manifestat un rol activ prin adresarea solicitării de clarificare referitoare la prin prezentarea documentelor constatatoare și prezentarea de informații pe care le consideră relevante cu privire la neîncadrarea în cuprinsul prevederilor art. 167, lit. g din Legea 98 din 2016 și dovezi care să arate că măsurile luate de acesta ca urmare a apartinței situației susprezentate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere însă niciunde nu se regăsește consemnată analiza măsurilor luate de ofertanta ... SRL în vederea demonstrării credibilității operatorului economic.

În cuprinsul *Procesului - verbal nr. 956289/16/SAP/PMB din 08.06.2023 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, se regăsește doar concluzia la care au ajuns membrii comisiei de evaluare.

Așadar Consiliul apreciază că evaluarea realizată de achizitoare a avut un caracter formal, contrara celor dispuse de art. 131 alin. (4) din H.G. nr. 395/2016, respectiv: „Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale.”

Concluzionând, Consiliul reține că, în exercitarea atribuțiilor conferite de legiuitor, membrii comisiei de evaluare sunt ținuti să efectueze o analiză riguroasă a ofertelor primite în cadrul procedurii, modul de desfășurare al procesului de analiză fiind necesar să rezulte în mod clar din documentele întocmite de aceștia, nu doar la nivel *formal*.

Față de diferendul dedus judecății, Consiliul reține relevanța următoarelor dispoziții legale:

- Art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016:

(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;

i) 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.

(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 din Legea nr. 98/2016:

(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.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic 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, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(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:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

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 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;

(...)

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru

eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.

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

(...)

(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.**

- Art. 57 din Directiva nr. 24/2014/UE, transpusă în legislația națională:

(4) Autoritățile contractante **pot exclude** sau statele membre le **pot** solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(...)

(b) dacă operatorul economic este în stare de faliment sau în situație de insolvență sau de lichidare, de administrare judiciară, de concordat preventiv, de încetare a activității sau în orice altă situație similară care rezultă în urma unei proceduri de aceeași natură prevăzute de legislația și reglementările naționale;

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

(...)

(g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

(...) În pofida literei (b) de la primul paragraf, statele membre pot solicita sau pot dispune posibilitatea pentru autoritatea contractantă de a nu exclude un operator economic care se află într-una dintre situațiile menționate la litera respectivă **atunci când autoritatea contractantă a stabilit că operatorul economic în cauză va fi capabil să execute contractul**, ținând cont de normele naționale aplicabile și de măsurile privind continuarea activității în cazul situațiilor menționate la litera (b).

(...)

(6) 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.

Vizavi de interpretarea dispozițiilor mai sus citate, sunt de amintit considerentele reținute de **Curtea de Apel Oradea – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, prin Decizia nr. 481/CA/04.08.2022:**

În interpretarea sistematică a acestor dispoziții legale rezultă că reprezintă un motiv de excludere facultativă din cadrul procedurii de atribuire încălcarea de către un ofertant, în mod grav sau repetat, a obligațiilor 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, în condițiile în care aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Caracterul facultativ al acestui motiv de excludere implică existența unui drept de apreciere proprie al autorității contractante care desfășoară procedura

de atribuire cu privire la caracterul grav sau repetat al abaterii săvârșite de ofertant în executarea unui contract anterior și referitor la posibilitatea respectivului ofertant de a-și îndeplini corespunzător obligațiile care i-ar reveni dacă i s-ar atribui contractul pentru care se desfășoară procedura.

De asemenea, din interpretarea sistematică a dispozițiilor legale menționate, care transpun în dreptul intern legislația secundară a U.E. în materie de achiziții publice, rezultă că **dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu excluderea ofertantului aflat în situația prevăzută de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 mai cunoaște o limitare constând în obligația autorității contractante de a-i da posibilitatea ofertantului interesat să aducă dovezi privind luarea unor măsuri corective, de natură a înlătura cauzele care au determinat incidența motivului de excludere.**

Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantului al măsurilor luate de acesta din urmă, **autoritatea contractantă este de asemenea îndreptățită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.**

Totodată, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat:

28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[a]utoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din situațiile [menționate la această dispoziție]”. **Astfel, din textul dispoziției respective rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.**

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

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.

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.**

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 Delta

Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, **CJUE s-a pronunțat astfel:**

25. Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, 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 achiziție publică (Hotărârea din 19 iunie

2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctul 34).

26. Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

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

în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32).

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

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

29. Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente

de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză.

(...)

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

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

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

În mod judicios a reținut Consiliul că, raportat la normele legale incidente și la jurisprudența C.J.U.E. în materie, rezultă că în ipoteza existenței unui motiv de excludere facultativă, **existența unui document constatat al situației nu conduce în mod automat la excludere**, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor dovezi privind măsurile luate de ofertant pentru înlăturarea cauzelor care au condus la neexecutarea contractului anterior poate să convingă sau poate să nu convingă autoritatea contractantă cu privire la credibilitatea prezentă a ofertantului.

Din interpretarea tuturor acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatat al situației nu conduce în mod automat la excludere, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate sau nu să convingă autoritatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un **drept de apreciere** în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

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. 98/2016, *comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza bunurile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.*

Această concluzie este susținută și de interpretarea gramaticală a dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cu care: **„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”.

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 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, iar pe de altă parte, **dreptul autorității contractante de a aprecia suficiența acestor dovezi.**

Așa cum a statuat și **Curtea de Apel Oradea** – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, prin **Decizia nr. 481/CA/04.08.2022:**

”Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantului al măsurilor luate de acesta din urmă, **autoritatea contractantă este de asemenea îndreptățită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.**

și CJUE în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 Delta

Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA:

(...)

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

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

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

(...).”

Revenind la speță, din documentele depuse, rezultă că autoritatea contractantă trebuie să își exercite dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că are posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură, în cazul în

care s-a făcut dovada că au fost adoptate măsuri concrete și adecvate, suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Din actele evaluării, Consiliul observă că în referire la ofertanta ... SRL, nu au existat verificări sub aspectele mai sus reținute, pentru a determina dacă **aprecierea** achizitoarea vizavi de păstrarea operatorul economic ... SRL în procedură este **motivată**.

Așadar se impune reanalizarea *Răspunsului nr. 36242/30.05.2023* transmis de ofertanta ... SRL și consemnarea analizei efectuate, astfel încât aprecierea achizitoarea vizavi de păstrarea/excluderea operatorul economic ... SRL în procedură să fie motivată.

Contestatoarea concluzionează faptul că urmare a răspunsului furnizat, ofertanta ... SRL nu și-a demonstrat în concret credibilitatea, întrucât nu a furnizat dovezi concludente care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a își demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere incident.

Asupra temeiniciei/netemeinicii susținerilor contestatoarei vizavi de modalitatea de derulare a respectivelor contracte și acorduri-cadru pentru care autoritățile contractante beneficiare au emis certificate constatatoare privind neîndeplinirea obligațiilor de către ... SRL și asupra măsurilor luate de acesta, Consiliul nu se poate pronunța, în lipsa analizei membrilor comisiei de evaluare.

Numai după efectuarea de către achizitoare, prin membrii comisiei de evaluare a unei analize riguroase și o evaluare proprie a comportamentului ... SRL vizavi de mențiunile din cuprinsul certificatelor constatatoare emise (motive pentru care mai multe autoritățile contractante au constatat neîndeplinirea obligațiilor de către ... SRL și au eliberat certificate constatatoare reclamate) se poate analiza temeinicia/netemeinicia criticilor formulate de ... SA.

Totodată, se reține că această verificare nu poate fi realizată de Consiliu, întrucât s-ar subroga atribuțiilor comisiei de evaluare, sens în care sunt redată considerentele reținute în Decizia civilă nr. 525/11.09.2019 de Curtea de Apel București într-o cauză având ca parte chiar pe contestatorul de față, și anume: În altă ordine de idei, instanța este de acord cu punctul de vedere al petentei în sensul că din coroborarea dispozițiilor legale incidente reiese faptul că analiza îndeplinirii cumulative a prevederilor art. 167 alin. 1 lit. g și implicit h din Legea nr. 98/2016, nu putea fi făcută direct de către CNSC, cu ocazia soluționării contestației, pe această cale putând numai fi verificată legalitatea și temeinicia deciziei autorității contractante luate în urma analizei verificării credibilității operatorului, potrivit prevederilor art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere dispozițiile legale mai sus redată, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) 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 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 constator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

Față de cele anterior menționate, constatând că nu se poate substitui membrilor comisiei de evaluare, Consiliul apreciază că în speță se impune ca autoritatea contractantă să revizuiască actele evaluării, respectiv să analizeze *Răspunsul nr. 36242/30.05.2023* în legătură cu aspectele criticate, motiv pentru care admite, în limita considerentelor de mai sus, criticile formulate de ... SA.

În procesul de reevaluare dispus, Consiliul obligă autoritatea contractantă să analizeze și susținerile aduse de contestatoare prin intermediul concluziilor scrise cu privire la măsurile de credibilitate furnizate de ... SRL.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că orice decizie cu privire la admiterea sau respingerea ofertei depuse de ofertanta ... SRL trebuie luată de membrii comisiei de evaluare, doar după analizarea situației concrete și a justificărilor oferite de acest ofertant, cu luarea în considerare a dispozițiilor legale amintite.

Cunoscând că precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, Consiliul găsește util a face trimitere și la Decizia nr. 888/C2/869/20.04.2023, Decizia nr. 885/C9/738,740/20.04.2023 și Decizia Consiliului nr. 2781/C4/2956/ 30.12.2022, menținută de Curtea de Apel Brașov, abordarea instanțelor de judecată fiind în aceeași direcție.

Așa cum a fost anterior reținut, sunt formulate și critici vizavi de aspecte legate de neconformitatea ofertelor depuse pe loturile 1, 5 și 6 motivat de următoarele:

- (i) licențele ofertate de către ... nu respectă cerințele documentației de atribuire, devenind incidente dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016;
- (ii) oferta financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016;
- (iii) prețurile din cadrul propunerii financiare nu pot fi justificate în raport de caracteristicile tehnice pe care echipamentele ofertate trebuie să le îndeplinească potrivit caietului de sarcini, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

Din economia celor reținute rezultă faptul că ceea ce a solicitat autoritatea contractantă prin caietul de sarcini și specificațiile tehnice, redate mai sus, este ca ofertanții să ofere produse noi, nefolosite anterior, cerința aplicându-se atât la componenta hardware, cât și la componenta software.

Așa cum a susținut și contestatoarea, această concluzie derivă inclusiv din *Răspunsul consolidat la Solicitățile de clarificări nr. 950577/1/SAP/MB/08.05.2023*, mai exact la întrebarea nr. 25, prin care unul dintre ofertanții interesați să depună ofertă a solicitat o confirmare din partea autorității contractante, în sensul că pentru Loturile 1 - 8, nu se vor accepta stații de lucru tip desktop și/sau stații portabile care prezintă licențe de Windows SHS (second hand software), autoritatea

contractantă a răspuns în mod clar că „Nu se acceptă echipamente remanufacturate și/sau care au în componență elemente care au fost folosite anterior.”

Contestatoarea reclamă faptul că prețul ofertat de către ... SRL nu susține ofertarea unor licențe noi Windows 11 Pro (sau echivalent), oferta ... SRL fiind neconformă. S-a adăugat de contestatoare și faptul că simpla declarare a faptului că ... SRL va livra produse noi și nefolosite nu echivalează cu îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini și din specificațiile tehnice, mai mult, îndeplinirea acestor cerințe este strâns legată de prețul ofertat, care trebuie să fie corelat cu elementele propunerii tehnice.

Se vor reține în soluționare și precizările achizitoarei în replică la cele reclamate, respectiv:

- ofertanta ... SRL a prezentat în cuprinsul ofertei sale ca modalitate de îndeplinire a cerinței "Sistem operare", soluția Windows 11 Pro 64 bit, aspect considerat de comisia de evaluare ca fiind concludent și conform cu cele menționate anterior;

- autoritatea contractantă a stabilit prin *Procesul-verbal nr. 956289/30 din 07.07.2023* că oferta depusă de ... SRL este conformă și nu se încadrează în cuprinsul dispozițiilor art. 137, alin (3) lit. a), c) și d) din H.G. nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare;

- comisia a aplicat pe tot parcursului de evaluare un tratament egal tuturor operatorilor economici participanți la procedura de atribuire, a evaluat propunerile tehnice după criterii transparente și în concordanță cu prevederile documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini, a specificațiilor tehnice și a răspunsului consolidat nr. 960577/1 din 08.05.2023;

- cu titlu de exemplu pentru modalitatea de îndeplinire a cerinței "Sistem operare" ofertanții au propus soluții similare cu cele ale ofertantului declarat câștigător, toate ofertele fiind declarate conforme:

1. S.C. ... S.A. - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
2. S.C. ... Romania S.R.L. - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
3. S.C. ... SRL- soluția Windows 11 Pro 64;
4. S.C. ... S.R.L. - soluția Windows 11 pro 64 bit OEM;
5. S.C. ... S.R.L. - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
6. S.C. ... S.R.L. - soluția Windows 11 Pro 64 bit;
7. S.C. ... International S.R.L. - soluția Windows 11 Pro 64 bit;

Relevante pentru criticile formulate sunt următoarele cerințe impuse prin caietul de sarcini și specificațiile tehnice :

a) Cap. 3.5.2 - Livrare, ambalare, etichetare, transport și asigurare pe durata transportului din Caietul de sarcini, pag. 7:

„Ofertantul **își va asuma** faptul că toate produsele livrate vor fi noi și nefolosite, sigilate în ambalajul lor original. Nu se acceptă echipamente remanufacturate și/sau care au în componență elemente care au fost folosite anterior.”;

b) Specificație tehnică atât pentru stație de lucru fixă, cât și pentru stație de lucru portabilă, parte din Caietul de sarcini:

„Sistem operare: Windows 11 Pro 64 bit sau echivalent”.

Atâta vreme cât potrivit cerințelor cuprinse în caietul de sarcini, achizitoarea a solicitat ofertanților iar ofertanta ... SRL a prezentat în cuprinsul propunerii tehnice, la pagina 1-Anexa 1 modalitatea de îndeplinire asumată cu privire la cerința 3.5.2 din cuprinsul Caietului de sarcini, mai exact:

"S.C. ... S.R.L își asumă faptul că toate produsele livrate vor fi noi și nefolosite, sigilate în ambalajul lor original. Nu se acceptă echipamente remanufacturate și/sau care au în componență elemente care au fost folosite anterior" -

nu se poate reține faptul că ofertanta nu a îndeplinit cerința reclamată.

Câtă vreme achizitoarea nu a stabilit în sarcina ofertanților un anumit document/ înscris/procedură pentru **probarea** îndeplinirii respectivei cerințe reclamate, asumarea îndeplinirii, în sensul specificat chiar în cuprinsul modului de redactare al cerinței (Ofertantul **își va asuma** faptul că toate produsele livrate vor fi noi și nefolosite (...)) nu este de natură la a conduce la neîndeplinirea cerinței.

Declarația prezentată este valabilă, produce efecte juridice și trebuie recunoscută de autoritate, respectiv nu poate fi considerată nelegală sau ignorată de către autoritatea contractantă.

Ofertanta ... SRL și-a asumat faptul că toate produsele livrate vor fi noi și nefolosite, sigilate în ambalajul lor original și că nu se acceptă echipamente remanufacturate și/sau care au în componență elemente care au fost folosite anterior, iar o asemenea declarație reprezintă o dovadă acceptată de autoritate, conform propriilor prevederi ale documentație de atribuire, postate în SEAP încă din 14.04.2023.

Contrar celor susținute de contestatoare, la momentul comunicării rezultatului procedurii, împrejurarea relatată nu putea fi acceptată ca fiind de natură să conducă la neîndeplinirea cerinței, autoritatea contractantă trebuind să realizeze evaluarea ofertelor exclusiv la conținutul documentației de atribuire, fără posibilitatea de a reinterpreta prevederi ale acesteia.

În considerarea celor antemenționate sunt și precizările achizitoarei, potrivit cărora:

În executarea acordurilor-cadru, Autoritatea Contractantă va realiza recepția cantitativă și calitativă a produselor în conformitate cu prevederile contractelor subsecvente, caietului de sarcini, specificațiilor tehnice și a ofertelor depuse, pentru verificarea cerințelor din documentația de atribuire pentru toate soluțiile hardware și software declarate câștigătoare.

Raționamentul conturat de autoarea contestației în referire la oferta financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 ȘI prețurile din cadrul propunerii financiare nu pot fi justificate în raport de caracteristicile tehnice pe care echipamentele ofertate trebuie să le îndeplinească potrivit caietului de sarcini, devenind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016 nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos expuse.

În cuprinsul fișei de date, la secțiunea dedicată elaborării propunerii financiare, la pct. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare:

"Propunerea Financiară va cuprinde prețul total ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP, până la data limită de depunere a ofertelor, semnată

cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, conform Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică, cu modificările și completările ulterioare, la rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și Formularul de Propunere Financiară - Formularul de ofertă nr. 1 și Formularul de ofertă nr. 2, incluzând toate informațiile solicitate.

Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile necesare cu privire la diversele condiții financiare și comerciale legate de formarea prețului ofertat (cum ar fi prețuri unitare aplicabile, exprimate în Lei, fără TVA), astfel încât să se poată proba asigurarea realizării tuturor activităților, cel puțin la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini, în marja prețului ofertat.

Deoarece în SEAP se publică valoarea fără T.V.A., în Formularul de ofertă nr. 1 și în Centraliza-torul de prețuri Formularul nr. 2., prețul unitar fără T.V.A. se va completa cu 2 (două) zecimale, astfel încât nr. maxim. buc. x prețul unitar fără T.V.A. = valoarea fără T.V.A.

Nici un fel de cereri și pretenții ulterioare ale ofertantului legate de ajustări de prețuri, determinate de orice motive (cu excepția situațiilor prevăzute explicit în documentația de atribuire și/sau prin dispozițiile legale aplicabile), nu pot face obiectul vreunei negocieri sau proceduri litigioase între părțile contractante.

Noul formular de ofertă/Centralizator de prețuri, rezultat după etapa de licitație electronică se transmite/încărcă în SEAP la solicitarea autorității contractante.

Autoritatea contractantă a prevăzut și o etapă finală de licitație electronică, astfel cum a prevăzut în fișa de date, respectiv:

IV.1.6 Informatii despre licitatie electronica

Se va organiza o licitatie electronica: Da

Urmare a derulării etapei de licitație electronică, se are în vedere faptul că autoritatea contractantă a solicitat prin intermediul adresei nr. 956.289/54/SAP/MB din 18.08.2023 clarificări ofertantei ... SRL următoarele:

” Prin prezenta, vă adresăm rugămintea de a justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut ofertat în etapa finală de licitație electronică a procedurii de atribuire sus menționată, având în vedere faptul că acesta reprezintă 71.20% din valoarea estimată a lotului 1, 71.73% din valoarea estimată a lotului 2, 59.52% din valoarea estimată a lotului 3, 73.56% din valoarea estimată a lotului 5, 47.10% din valoarea estimată a lotului 6, 57.43% din valoarea estimată a lotului 7, 60.04% din valoarea estimată a lotului 9.

Justificările ce urmează a fi transmise vor avea în vedere dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată solicităm noul formularul de ofertă și centralizatorul de prețuri după etapa de licitație electronică.”

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 36349/22.08.2023, ... SRL a furnizat o serie de explicații față de documentele constatatoare negative emise pe numele său de alte autorități contractante, respectiv:

Referitor la cererea de clarificare mentionata, privind justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut, dorim sa precizam ca ne-am fundamentat oferta pe preturile speciale primite de la un furnizori.

Datorita experienței acumulate in furnizarea acestor tipuri de echipamente si software-uri, dispunem de personal bine pregătit care poate asigura furnizarea și mentenanța echipamentelor necesare in acest proiect pe baza tehnologiilor moderne si ajutat de dotarea de ultima generație a societatii, astfel incat costurile sa fie limitate la minim, ramanand astfel sa asigurăm aceasta investiție la un nivel de calitate maxim si un pret cat mai redus.

Ca urmare a colaborării îndelungate si serioase cu furnizori de echipamente si software-uri, si datorita faptului ca plățile s-au realizat la ridicarea mărfii, fara solicitare de termen de plata, beneficiem de discounturi de la producători importanți de echipamente si software-uri în domeniu.

In toti acești ani prioritatea noastra a fost:

- Menținerea personalului angajat;
- Plata salariilor la timp a angajaților;
- Plata taxelor si impozitelor la termen;

Mentținerea în stare de funcționare a tuturor echipamentelor în vederea bunei desfășurări a activităților

La momentul actual, prioritar pentru societatea noastră este pastrarea unui nivel rezonabil de profit, cu scopul principal de menținere a continuității activității firmei, până la depășirea perioadei dificile din punct de vedere economic și financiar la nivel mondial.

Mizam pe o eficiență foarte bună cu o aprovizionare rapidă cu principalele echipamente, întrucât atât noi cât și furnizorii aleși de noi sunt furnizori la nivel european, aceasta ajutând la o aprovizionare rapidă și la eliminarea timpilor morți.

Sperăm ca aceste detalii, împreună cu ofertele de preturi, cu faptul că toate echipamentele necesare mentenanței sunt în dotare proprie, fapt ce ne permite să practicăm costuri reduse, fără a aplica alte cote de profit, așa cum ar fi fost în cazul închirierii acestora, să demonstreze faptul că putem executa această lucrare la prețul ofertat.

În susținerea argumentelor noastre invocăm art. 136 alin. (2) din HG 395/2016 care menționează:

"(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.. "

Conform solicitării dumneavoastră, pentru echipamentele oferite, atașăm ofertele de preț justificative.

Menționăm că societatea noastră nu beneficiază de un ajutor de stat.

Atașat aveți justificarea de preț solicitată, oferta primită de la furnizor a căror conținut este confidențial și o copie a certificatului ISO 9001:2015 și ISO 14001:2015 care atestă respectarea normativelor de calitate și de mediu în domeniul ce face obiectul contractului

... SRL a atașat răspunsului furnizat oferta de preț de la furnizorul ... SRL pentru produsele oferite.

Răspunsul furnizat de ... SRL a fost analizat de membrii comisiei de evaluare la data de 28.08.2023, ocazie cu care a fost încheiat *Procesul - verbal nr. 956.89/77/SAP/MB din 28.08.2023 privind evaluarea propunerilor financiare*, concluzia membrilor comisiei de evaluare fiind aceea a concludenței răspunsului transmis și admisibilitatea ofertei depuse de pentru Loturile 1, 5 și 6.

În raport de cele mai sus reținute, membrii comisiei de evaluare în urma analizei înscrisurilor depuse de ... SRL au constatat că informațiile furnizate și înscrisurile depuse justifică elementele componente ale prețului ofertat.

Consiliul constată că ofertantul a prezentat toate justificările necesare care să argumenteze că prețul ofertat a fost fundamentat economic, în concordanță cu solicitările adresate de autoritatea contractantă. Justificările prezentate au fost considerate concludente și luate în calcul de către autoritatea contractantă, după analizarea acestora.

Contrar celor susținute de contestatoare, potrivit cărora "Acele prețuri din Propunerea financiară a ... nu pot fi reale ori, cel puțin, nu pot conține și contravaloarea unor licențe noi Windows 11 Pro, care sunt de o valoare considerabilă și, dacă ar fi oferite în mod real, prețul total ar fi și el în mod evident mai mare față de cel oferit în prezent de către ...", așa cum a fost anterior reținut, ofertanta a justificat tarifele oferite prin prezentarea ofertei de preț de la furnizorul ... SRL, acesta precizând configurațiile echipamentelor oferite și valoarea aferentă.

Cu ocazia răspunsului furnizat, ofertanta ... SRL a depus Tabel justificare preț pentru loturile 1, 2 5 și 6. Din examinarea justificărilor de preț se are în vedere că sunt suficient de detaliate, se situează în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerate suficiente și credibile și putând fi valorizate de achizitoare, cuprinzând alături de prețul de furnizare, costul cu forța de muncă, taxe, cotizații și contribuții, costuri de transport, asigurarea mărfii livrate, instalare și configurare, service post-vânzare, profitul.

Autoarea contestației utilizează un mod propriu de calcul, ca o regulă general valabilă pentru toți ofertanții participanți la procedură. Ori acest raționament nu este judicios și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare, prin raportarea la înscrisurile depuse de ofertanta ... SRL.

Consiliul găsește că răspunsul punctual de justificare transmis de ofertanta reclamată a fost pe măsura solicitării și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat suficient și credibil. Explicațiile aduse se referă tocmai la solicitările achizitoare și nu are nimic neconcludent, ofertantul detaliind și asumându-și prețul ofertat. Autoarea contestației nu prezintă nici o dovadă că prețul ofertat afectează în vreun fel buna execuție a contractului, în cazul în care i-ar fi atribuit.

În speță, însă, contestatoarea nu aduce vreo dovadă din care să reiasă imposibilitatea ofertantei reclamate de a îndeplini obligațiile contractuale în forma în care aceasta și le-a asumat prin oferta depusă.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., autoarea contestației nu a reușit să demonstreze și să formeze convingerea Consiliului că elementele de cost ofertate de ofertanta reclamată încalcă prevederile legale, ceea ce face ca obiecțiile să fie nefondate, vizavi de tarifarea echipamentelor furnizate, echipamente IT&C (imprimante) pentru care costurile variază de la societate la societate, neexistând prețuri impuse de lege. Costurile acestora variază în economie și se regăsesc diferit în cheltuielile de ansamblu ale fiecărei societăți, în funcție de numeroase variabile (frecvențe, asigurări, stocuri, amortizări, discounturi de la producători importanți de echipamente și software-uri în domeniu, echipamentele necesare mentenanței în dotare proprie, donații, împrumuturi, comoditate, diverse parteneriate, service, stabilirea politicii de prețuri, etc.) nu toate societățile au aceleași costuri pe care le are contestatoarea în speța de față.

Așa cum a fost anterior reținut, răspunsul furnizat de ... SRL a putut fi valorificat de membrii comisiei de evaluare, care în urma analizării acestuia au stabilit concludența lui.

Pentru a răspunde solicitării autorității de justificare a prețului ofertat, ofertanții au dreptul de a prezenta orice fel de documente care să releve că beneficiază de angajamentul oricărui furnizor de a le pune la dispoziție materialele/echipamentele în discuție, la prețuri care țin de

relațiile comerciale dintre furnizor și ofertantul beneficiar, prețuri ce nu pot fi cenzurate de către autoritatea contractantă.

Documentele justificative aduse sunt clare, pertinente și credibile pentru fundamentarea economică a modului de formare a prețului global și al componentelor esențiale ale ofertei. Oferta de la producătorul/furnizor este asumată prin semnătură și ștampilă de la societatea de la care provine. Autoritatea contractantă a acceptat aceste documente justificative. Consiliul apreciază că explicațiile și documentele suport aduse sunt în măsură să probeze realitatea și legalitatea prețului total oferat.

Art. 210 din Legea nr. 98/2016 urmărește să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea autorităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor publice pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează), iar nu ca posibilitatea la îndemâna acelorași autorități de excludere de la licitații a anumitor ofertanți. În sprijinul acestui raționament vine chiar norma de aplicare a ordonanței de la art. 137 alin. (2) lit. g) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – oferta este inacceptabilă dacă, în urma verificărilor, se constată că are un preț neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/prestat/ executat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. Cu alte cuvinte, chiar dacă o ofertă are preț aparent neobișnuit de scăzut, ea nu poate fi respinsă decât **dacă se probează** dincolo de orice îndoială rezonabilă că, din cauza acestui preț, nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. În speța dezbătută, nici prin argumentele din contestației și nici prin mijloacele de probă depuse, ... SA nu a reușit să facă o asemenea dovadă în fața Consiliului.

Este firesc, cât și foarte probabil ca, la licitații, ofertanții să propună prețuri mai mari la unele componente și, eventual, în compensare, mai mici la altele, politica de prețuri ținând de fiecare ofertant în parte și de condițiile cererii și ofertei. Faptul că ... SRL a oferat unele elemente de cost pe care contestatoarea le găsește insuficiente nu semnifică ipso facto că respectiva societate nu are capacitatea de a derula contractul în parametri de calitate doriți.

Autoritatea are obligația să respecte principiul legal al eficienței utilizării fondurilor publice, iar nu să respingă o ofertă al cărei preț, chiar dacă ar fi neobișnuit de scăzut, este unul justificabil și real, care nu influențează negativ executarea obligațiilor contractuale asumate. Cu alte cuvinte, pentru a putea fi respinsă o ofertă cu un preț neobișnuit de scăzut, în lumina prevederilor legale în vigoare, societatea contestatoare **trebuie să demonstreze** că ofertantul nu poate asigura îndeplinirea

contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. Simplul preț aparent neobișnuit de scăzut al ofertei este o condiție obligatorie, însă nu și suficientă, legiuitorul impunând pe lângă aceasta și condiția ca ofertantul să nu poată asigura executarea corespunzătoare a contractului licitat, condiție a cărei îndeplinire trebuie probată de cel care o invocă. În speță, însă, contestatoarea nu aduce vreo dovadă concretă din care să reiasă imposibilitatea asocierii de a îndeplini obligațiile contractuale în forma în care și le-a asumat prin oferta depusă.

În ceea ce privește o ofertă cu preț anormal de scăzut, prezintă importanță interpretarea dată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în hotărârea din 29 martie 2012, cauza C-599/10, SAG ELV Slovensko as, FELA Management AG, ASCOM AG, Asseco Central Europe as, TESLA Stropokov as, Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA/Urad, din care cităm:

27. Este necesar să se amintească faptul că, potrivit articolului 55 din Directiva 2004/18, în cazul în care, pentru un anumit contract, sunt prezentate oferte care par anormal de scăzute în raport cu bunurile, lucrările sau serviciile prestate, autoritatea contractantă, înainte de a putea respinge respectivele oferte, „solicită, în scris, detalii privind elementele ofertei pe care le consideră relevante.”

28. Rezultă clar din aceste dispoziții, redactate în termeni imperativi, că legiuitorul Uniunii a înțeles să oblige autoritatea contractantă să verifice elementele ofertelor care prezintă un caracter anormal de scăzut impunându-i în acest scop obligația de a solicita candidaților să furnizeze dovezile necesare pentru a demonstra că aceste oferte sunt serioase (a se vedea în acest sens Hotărârea din 27 noiembrie 2001, Lombardini și Mantovani, C285/99 și C286/99, Rec., p. I9233, punctele 46-49).

29. În consecință, existența unei dezbatere contradictorii efective, plasată într-un moment util în procedura de examinare a ofertelor, între autoritatea contractantă și candidat, în scopul ca acesta din urmă să poată demonstra că oferta sa este serioasă, constituie o cerință a Directivei 2004/18 în vederea evitării arbitrariului din partea autorității contractante și a garantării unei concurențe sănătoase între întreprinderi (a se vedea în acest sens Hotărârea Lombardini și Mantovani, citată anterior, punctul 57).

30. În această privință, trebuie să se amintească, pe de o parte, că, deși lista prevăzută la articolul 55 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2004/18 nu este exhaustivă, ea nu este totuși doar indicativă și nu acordă, așadar, autorităților contractante libertatea de a stabili care sunt elementele pertinente de luat în considerare înainte de a înlătura o ofertă care pare anormal de scăzută (Hotărârea din 23 aprilie 2009, Comisia/Belgia, C292/07, punctul 159).

31. Pe de altă parte, efectul util al articolului 55 alineatul (1) din Directiva 2004/18 implică faptul că revine autorității contractante sarcina de a formula clar solicitarea adresată candidaților în cauză pentru ai pune pe aceștia în măsură să justifice deplin și util caracterul serios al ofertelor lor.

Totodata este important de punctat faptul că achiziția nu a impus limite/praguri valorice/procentuale pentru anumite operațiuni/activități /componente din cadrul calculațiilor pe baza cărora au fost fundamentate tarifele și nici nu a fost solicitată detalierea fiecărui element component al calculației de preț.

În considerarea celor antemenționate sunt judicioase susținerile autoarei intervenției, respectiv:

2. Legat de aspectele invocate în legătură cu oferta depusă dorim să menționăm faptul că societatea noastră a depus o ofertă conformă cu toate specificațiile documentației de atribuire. Toate afirmațiile invocate de către ... SA sunt simple supoziții, nu a demonstrat prin niciun document faptul că oferta noastră încalca vreo prevedere a caietului de sarcini. Inclusiv

din exprimarea utilizata "ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasa" reiese ca aceasta contestatie este nefundamentata. Iar referitor la produsele pe care le vom livra, societatea noastra si-a asumat obligatia de a livra echipamente intocmai cum au fost solicitate in documentatia de atribuire.

3. Propunerea financiara a fost fundamentata printr-o oferta sustinuta de catre unul dintre furnizorii nostri, iar pana la declararea in fals, acel document se bucura de prezumtia de legalitate. Faptul ca contestatorul apreciaza ca este o oferta cu un pret prea scazut nu are relevanta.

Pana la urma fiecare operator economic are dreptul sa aiba diverse parteneriate si isi stabileste politica de preturi in mod discreționar.

Recapitulând și sintetizând activitatea derulată de membrii comisiei de evaluare se constată că aceștia au verificat temeinicia justificărilor și au determinat concludența acestora, rezultatul analizei efectuate fiind consemnat în *Procesul - verbal nr. 956.89/77/SAP/MB din 28.08.2023 privind evaluarea propunerilor financiare* și fiind luat în considerare în decizia de atribuire a contractului de achiziție publică.

În atari condiții, Consiliul constată că nu se mai impune o reevaluare a propunerii financiare depusă de ... SRL pentru Loturile 1, 5 și 6.

Organul administrativ-jurisdicțional nu se substituie autorității contractante și nu are printre atribuții să evalueze propunerile financiare depuse de ofertanți, prezintă relevanță în cauză expusă considerentele reținute în Decizia Civilă nr. 2420 din 19.10.2022, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ a stabilit:

"Nu sunt aduse argumente din care să rezulte că oferta nu respectă cerințele documentației de atribuire, că nu au fost alocate în mod clar resursele disimulând, astfel, costuri importante aferente resurselor nealocate, cu implicații imediate și directe asupra prețului ofertei.

Prin urmare Curtea va respinge această critică ca nefondată, întrucât, **rolul instanței nefiind acela de a evalua din punct de vedere financiar, în întregum, ofertele depuse, ci de a verifica în ce măsură autoritatea contractantă a aplicat corect prevederile legale și ale documentației de atribuire pe parcursul evaluării ofertelor.**

În consecință, Consiliul va admite contestația formulată de ... SA, în contradictoriu cu ..., va anula, în parte, *Procesul - verbal nr. 956289/16/SAP/PMB din 08.06.2023 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv *Raportul procedurii de atribuire nr. 956.289/90/SAP/MB/08.09.2023*, în secțiunea care vizează oferta ... SRL și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... SRL și la emiterea unui nou raport al procedurii, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, pentru Loturile 1, 5 și 6.

Totodată, Consiliul va anula adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului evaluării, subsecvente și dependente de *Raportul procedurii de atribuire nr. 956.289/90/SAP/MB/08.09.2023* și va obliga autoritatea să le comunice ofertanților noul rezultat al evaluării, conform Legii nr. 98/2016 și normelor de aplicare.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației ... SA, pe cale de consecință, Consiliul apreciază ca fiind neîntemeiată cererea de

intervenție înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 51441/20.09.2023, depusă de ... SRL pentru Loturile 1, 5 și 6, motiv pentru care o respinge.

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 contestația formulată de ... SA, în contradictoriu cu ..., pentru Loturile 1, 5 și 6.

Anulează, în parte, *Procesul - verbal nr. 956289/16/SAP/PMB din 08.06.2023 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv *Raportul procedurii de atribuire nr. 956.289/90/SAP/MB/08.09.2023*, în secțiunea care vizează oferta ... SRL și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... SRL și la emiterea unui nou raport al procedurii, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, pentru Loturile 1, 5 și 6.

Anulează adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului evaluării, subsecvente și dependente de *Raportul procedurii de atribuire nr. 956.289/90/SAP/MB/08.09.2023* și obliga autoritatea să le comunice ofertanților noul rezultat al evaluării, conform Legii nr. 98/2016 și normelor de aplicare.

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ... SRL și o respinge.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

