

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

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de ... ora 22:01, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...din data de ..., și depusă la poștă în data de ..., (...), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din data de ..., formulată de ... SRL, cu sediul social în șoseaua ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, împotriva rezultatului procedurii de achiziție publică comunicat către ... SRL prin adresa nr. ... din data de ..., precum și împotriva raportului procedurii nr. ..., emise de către ...(instituție publică aflată în subordinea ...), cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, cu mai mulți operatori economici, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, divizat pe loturi, având ca obiect *„Acord-cadru de Furnizare detergenți și soluții de curățat, paste, prafuri abrazive, produse de curățat și lustruit; articole de menaj și materiale consumabile”*, cod CPV principal 39800000-0 Produse de curățat și de lustruit (Rev.2), cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – *„Detergenți și soluții de curățat”*, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea comunicării privind respingerea ofertei ... SRL și raportul procedurii nr. ..., publicat în data de 09.06.2023;
- obligarea autorității contractante să refacă etapa de evaluare tehnică cu luarea în considerare și a ofertei tehnice depuse de către ... SRL și atribuirea lotului 1 cu respectarea prevederilor legale.

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

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... SRL, în calitate de ofertantă la procedura simplificată, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă ... (instituție publică aflată în subordinea ...), în vederea încheierii acordului-cadru, cu mai mulți operatori economici, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, divizat pe loturi, având ca obiect *„Acord-cadru de Furnizare detergenți și soluții de curățat, paste, prafuri abrazive, produse de curățat și lustruit; articole de menaj și materiale consumabile”*, cu referire exclusivă la lotul nr. 1 – *„Detergenți și soluții de curățat”*, inițiată prin publicarea în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare ... din data de 25.04.2023, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

În conținutul contestației sale, ... SRL critică declararea ofertei sale ca inacceptabilă.

Contestatoarea menționează că în cadrul documentului DUAЕ a menționat 3 certificate constatatoare rezultând din 3 contracte reziliate anticipat.

... SRL precizează că la data de ..., a primit din partea autorității contractante adresa nr. ... - solicitare de clarificări prin care i-au fost solicitate mai multe detalii privind certificatele constatatoare negative menționate, detalii pe care le-a furnizat în data de ... sub forma unui răspuns.

În data de ... a fost publicat raportul procedurii prin care oferta depusă de contestatoare a fost declarată inacceptabilă, comisia de evaluare motivând această decizie: *„și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile ce îi reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, respectiv i-au fost emise documente constatatoare negative ce au dus la rezilieri anticipate, deoarece:*

-referitor la Documentul constatator înregistrat cu nr. ... emis în data de ... de ..., motivele au fost următoarele: neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant motivat de faptul că a fost în imposibilitatea de a menține prețul ferm pe toată perioada de derulare a contractului.

-referitor la Documentul constatator înregistrat cu nr. 1 emis în data de ... emis de ..., motivele au fost următoarele: nerespectarea obligațiilor contractuale asumate prin livrarea întregii cantități prevăzute în contract. Din cantitatea totală de 39.928 bucăți, acesta a livrat doar cantitatea de 2.800 bucăți la ..., iar restul comenzilor pentru subunități nu au fost onorate."

... SRL consideră abuzivă decizia autorității contractante întrucât existența a 3 certificate constatatoare negative în interval de 3 ani nu se încadrează în încălcare gravă și repetată (condiție cumulativă).

Contestatoare precizează că nu a achitat daune interese sau alte sancțiuni comparabile astfel încât să fie justificată abaterea ca fiind „gravă”.

Totodată menționează că are, la momentul actual, 473 de licitații câștigate, și 1223 contracte încheiate ca urmare a unor achiziții directe. Existența unor cazuri fortuite - cum sunt cele care au condus la situațiile de reziliere anticipată a celor 3 contracte (0,64% din procedurile câștigate), nu pot constitui o suficientă înspre discreditarea operatorului economic ca având abateri grave.

Toate cele 3 contracte în discuție, care au dus la certificatele constatatoare negative, au fost încheiate în urma unor proceduri de achiziție publică inițiate înainte de apariția Legii nr. 208/2022, care prin art. 222², nou introdus a oferit posibilitatea ajustării prețului contractului ca urmare a creșterilor indicilor de preț. Înainte de apariția acestei legi nu a existat posibilitatea introducerii în contract a clauzei privind ajustarea prețurilor. De altfel, prin Legea nr. 208/2022 legiuitorul a recunoscut existența unei situații fortuite, așa cum este ea definită de art. 1351 alin. (3) Cod Civil, reglementând o situație care a avut un impact semnificativ în derularea tuturor contractelor de achiziție publică la momentul respectiv - creșterea accelerată a prețurilor într-un interval scurt de timp, care a afectat activitatea multor operatori economici și a altor instituții beneficiare de contracte de achiziție publică.

Prin continuarea contractelor, în formula inițială, contestatoarea ar fi încălcat prevederile OG nr. 99/2000 - privind comercializarea produselor și serviciilor de piață, care la art. 17 prevede că „este interzis oricărui comerciant să ofere sau să vândă produse în pierdere, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 16 lit. a)-c), e)- i), precum și în cazul produselor aflate în pachete de servicii. Prin vânzare în pierdere, în sensul prezentei ordonanțe, se înțelege orice vânzare la un preț egal sau inferior costului de achiziție, astfel cum acesta este definit în reglementările legale în vigoare.” Nerespectarea acestei prevederi este

sanționată conform art. 732 pct. 5 din O.G. nr. 99/2000 cu amendă de la 2.000 la 10.000 lei. Astfel că, dacă nu ar fi reziliat contractele mai sus menționate, ar fi fost pusă în situația încălcării legii.

Contestatoarea menționează că, în intervalul de timp dintre momentul rezilierii anticipate a celor 3 contracte și data depunerii ofertei, între aceasta și autoritatea contractantă au fost încheiate 12 contracte de furnizare (1 contract ca urmare a unei proceduri simplificate, și 11 contracte ca urmare a unor achiziții directe) finalizate fără deficiențe din partea contestatoarei.

Totodată menționează că, în cazul în care ar fi admisă contestația și se reface evaluarea, oferta acesteia ar deveni câștigătoare, având valoarea de 288.174,61 lei.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... (instituție publică aflată în subordinea ...) a solicitat respingerea contestației ca nefondată și neîntemeiată.

Referitor la afirmația că „Considerăm abuzivă decizia autorității contractante întrucât existența a 3 certificate contestatoare negative în interval de 3 ani nu se încadrează în încălcarea gravă și repetată (condiție cumulativă); Societatea noastră nu a achitat daune interese sau alte sancțiuni comparabile astfel încât să fie justificată abaterea ca fiind «gravă».”

Prin coroborarea textelor legale în vigoare rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale asumate.

Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu.

În acest sens, solicită să se constate că efectele juridice ale documentelor constatatoare în cauză (document constatator înregistrat cu nr. ... de ... și documentul constatator înregistrat cu nr. 1 emis în data de 07.12.2022 de către ...) nu au fost suspendate de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004, acestea producând efecte, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Referitor la afirmația că „Toate cele 3 contracte în discuție, care au dus la certificate constatatoare negative, au fost încheiate în urma unor proceduri de achiziție publică inițiate înainte de apariția Legii nr. 208 din 11 iulie 2022, care prin art. 222², nou introdus a oferit posibilitatea ajustării prețului contractului ca urmare a creșterii indicilor de preț.(...) De altfel, prin Legea nr. 208/2022 legiuitorul a recunoscut existența unei situații fortuite, așa cum este definită de art. 1351 al. (3) Cod civil,

reglementând o situație care a avut un impact semnificativ în derularea tuturor contractelor de achiziție publică la momentul respectiv - creșterea prețurilor într-un interval scurt de timp, care a afectat activitatea multor operatori economici și a altor instituții beneficiare de contracte de achiziție publică."

Decizia de excludere a operatorului economic ... SRL de la procedură a fost adoptată de comisia de evaluare în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după analizarea dovezilor prezentate de către operatorul economic, pentru demonstrarea în concret a credibilității sale, în conformitate cu art. 171 din același act normativ.

Prin adresa nr. ... comisia de evaluare a solicitat operatorului economic ... SRL să explice detaliat împrejurările și motivele care au condus la emiterea documentelor constatatoare în cauză (document constatator înregistrat cu nr. ... emis în data de ... de ... și documentul constatator înregistrat cu nr. ...emis în data de ... de către ...). Menționează că:

- documentul constatator înregistrat cu nr. ... de ..., la punctul 6. - Informații, arată că „Rezilierea contractului s-a datorat neîndeplinirii obligațiilor contractual de către contractant conform Notificării nr. 1549 din 03.05.2022.";

- documentul constatator înregistrat cu nr. ... de către ... la punctul 8 lit. b) - Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător, arată că „Contractantul S.C. ... S.R.L., nu a respectat obligațiile contractuale asumate privind livrarea întregii cantități prevăzute în contract. Din cantitatea de 39.928 bucăți a livrat doar cantitatea de 2.800 buc. la ..., iar restul comenzilor pentru subunități nu au fost onorate."

Prin răspunsul furnizat cu ajutorul platformei SEAP, în data de 19.05.2023, înregistrat la ...(instituție publică aflată în subordinea ...) cu nr. ..., contestatoarea menționează că „până la momentul rezilierii acestora, societatea noastră și-a îndeplinit obligațiile conform solicitărilor autorității contractante, în special obligația de a livra produse conform cu Caietul de sarcini și documentația tehnică, fapte recunoscute și de autoritățile contractante în cadrul certificatelor constatatoare. De altfel, toate certificatele constatatoare aferente contractelor de mai sus atestă faptul că nu au existat prejudicii ca urmare a rezilierii contractelor, și nici nu am avut obligația de a achita daune."

Autoritatea contractantă apreciază că răspunsul transmis de către contestatoare este contrar documentelor constatatoare emise de către ... și ... care menționează clar că ... SRL, nu a respectat obligațiile contractuale asumate.

De asemenea, motivul invocat de contestatoare privind rezilierea contractelor de către cele două instituții menționate anterior este „creșterea de prețuri, ceea ce ne-a pus în fața unui caz fortuit prevăzut de art. 1351 alin. 3 Cod Civil – (...)"

Autoritatea contractantă menționează că prin răspunsul transmis prin intermediul platformei SEAP, în data de 19.05.2023, înregistrat la acesta cu nr. ..., contestatoarea nu a făcut dovada imposibilității executării contractului și a notificării celor două instituții privind imposibilitatea executării obligațiilor contractuale.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... SRL a răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care reiterează susținerile prezentate în contestație cu privire la contractele care au atras certificatele constatatoare negative.

Consiliul constată că societatea ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de ... în data de 19.06.2023, stabilită potrivit art. 61¹ alin. (2²) coroborat cu art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de ... lei.

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

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

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu art. 113 și următoarele din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție publică fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ...(instituție publică aflată în subordinea ...), în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru, cu mai mulți operatori economici, cu scopul de a stabili termenii și condițiile care guvernează contractele de achiziție publică de furnizare de produse ce urmează a fi atribuite, divizat pe loturi, având ca obiect *„Acord-cadru de Furnizare detergenți și soluții de curătat, paste, prafuri abrazive, produse de curătat și lustruit; articole de menaj și materiale consumabile”*, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare ... din data de 25.04.2023, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 10.05.2023 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a acordului-cadru (potrivit art. 14 din Legea nr. 98/2016) fiind de 720.094,96 lei, fără TVA, lotul nr. 1 având ca obiect *„Detergenți și soluții de curătat”* și o valoare estimată de 445.520,96 lei, fără TVA (valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent la lotul nr. 1 fiind de 222.905,42 lei, fără TVA).

În calitate sa de participantă la procedura de achiziție publică în cauză ... SRL a primit din partea autorității contractante raportul procedurii nr. 20945 din data de 09.06.2023 (publicat în SEAP în data de 09.06.2023) (fila 108 – dosarul achiziției), prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de achiziție publică. În raport se precizează că în

urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, ofertele acestea au fost respinse ca inacceptabile pentru loturile 1 și 2, după cum urmează:

„Oferta depusă pentru Loturile 1 și 2 este respinsă ca fiind inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin 5 din HG 395/2016, deoarece în conformitate cu prevederile art. 167, alin. 1, lit. g) coroborat cu art. 169 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, în urma evaluării informațiilor prezentate de candidat în DUAЕ și în documentele ce îl însoțesc, comisia de evaluare hotărăște excluderea acestuia din procedura de atribuire a contractului, motivat de faptul că și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile ce îi reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, rdespectiv i-au fost emise documente constatatoare negative ce au dus la rezilieri anticipate, deoarece:

-referitor la Documentul constatator înregistrat cu nr. B 3333 emis în data de 13.05.2022 de ..., motivele au fost următoarele: neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant motivat de faptul că a fost în imposibilitatea de a menține prețul ferm pe toată perioada de derulare a contractului.

- referitor la Documentul constatator înregistrat cu nr. 1 emis în data de 07.12.20221 emis de ..., motivele au fost următoarele: nerespectarea obligațiilor contractuale asumate prin livrarea întregii cantități prevăzute în contract. Din cantitatea totală de 39.928 bucăți, acesta a livrat doar cantitatea de 2.800 bucăți la ..., iar restul comenzilor pentru subunități nu au fost onorate.”

În același raport, autoritatea contractantă arată că oferta declarată câștigătoare la lotul 1 este cea depusă de ... SRL, cu o propunere financiară de 309.241,85 lei, fără TVA.

Împotriva deciziei autorității contractante, consemnată în raportul procedurii nr. 20945 din data de 09.06.2023 (publicat în SEAP în data de 09.06.2023) (fila 108 – dosarul achiziției), ... SRL formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- anularea comunicării privind respingerea ofertei ... SRL și raportul procedurii nr. ..., publicat în data de 09.06.2023;

- obligarea autorității contractante să refacă etapa de evaluare tehnică cu luarea în considerare și a ofertei tehnice depuse de către ... SRL și atribuirea lotului 1 cu respectarea prevederilor legale.

Verificând legalitatea deciziei de respingere a ofertei depuse pentru lotul 1 de către ... SRL, prin prisma celor susținute de contestatoare, Consiliul reține că aceste critici vizează încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind excluderea acesteia din procedura de achiziție publică.

În analizarea acestui aspect, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele dispoziții legale în vigoare la data inițierii procedurii:

- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căroră:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

[...]

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căroră:

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

- art. 171 alin. (1)-(3¹) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căroră:

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

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

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

privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

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

Drept urmare, în stabilirea legalității actului atacat, Consiliul va avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 167, Consiliul reține că, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- *operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;*

- *încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea / prestarea / executarea unor produse / servicii / lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract;*

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

Astfel, pentru a decide dacă ... SRL a fost în mod legal respinsă din procedură la lotul 1, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului încheiat cu ... SA precum și a contractului încheiat cu ..., s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivelor contracte, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, au fost emise documente constatatoare, de natura celor întâlnite în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

Este adevărat că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură, în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator, însă important este a observa și că, potrivit aceleiași prevederi, legiuitorul nu a condiționat

excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare *Norme metodologice*, *„(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, [...]”, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, „(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.”.*

Drept urmare, concluzia la care Consiliul a ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din Normele metodologice, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din Normele metodologice, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din Normele metodologice, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document *„reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”.*

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

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

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

Având în vedere toate aspectele expuse, Consiliul constată că autoritatea contractantă din prezenta speță și-a manifestat rolul activ în verificarea îndeplinirii condițiilor care au determinat, în mod legal, excluderea din procedură (lotul 1) a ... SRL prin solicitarea de clarificări nr. 18414 din data de 19.05.2023 (fila 27 – dosarul achiziției).

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

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

Relevante în speța analizată sunt și considerentele Curții de Apel București din decizia nr. 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.”

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

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

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

de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de ... SRL, în contradictoriu cu ...(instituție publică aflată în subordinea ...).

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

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

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

Respinge ca nefondată contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ...(instituție publică aflată în subordinea ...).

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...

Redactat practica deciziei
...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 12 (douăsprezece) pagini.