

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. 289/C1/3412

Data: 05.02.2024

Prin contestația nr. 4115/04.12.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 66170/05.12.2023, formulată de SRL, cu sediul în, având cod unic de înregistrare RO, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă, cu sediul în, Strada Crișan, nr. 5, județ, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect: „Achiziție reactivi pentru microbiologie” cod CPV: 33698100-0, s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. 49737/21.11.2023, pentru lotul 5.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul critică decizia respingerii propunerilor sale de către autoritatea contractantă, invocând, în drept, prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul apreciază că nu a încălcat, în mod grav, obligațiile contractuale, pentru produsul reactivi microbiologie, existând motive întemeiate de natura forței majore care au declanșat blocajul și, implicit, imposibilitatea furnizării produsului.

Afirmă că neonorarea comenzilor pentru produsul reactivi microbiologie, a fost un caz izolat, apărut în urma efectelor economice ale pandemiei.

Potrivit contestatorului, la momentul depunerii certificatelor constatatoare negative, de către achizitori, modul de derulare al contractelor semnate a fost perturbate de următorii factori:

- Majoritatea spitalelor nu au emis comenzi cu cantități ritmice, ci, cu cantități fluctuante, care, prin suprapunerea cu comenzile emise

concomitent de alte spitale, au perturbat grav ritmul aprovizionării cu acele produse.

- Majoritatea spitalelor au respins de la plată un important număr de facturi clasice, emise pentru produsele deja livrate, care erau deja scadente, solicitând, retroactiv, înlocuirea facturilor clasice cu emiterea altor facturi, care a dus la amânarea încasării, de către contestator, a produselor livrate, din următoarele motive:

- Guvernul a implementat sistemului eFactura, dar timp de 2 luni site-ul ANAF nu a funcționat, fapt ce nu a permis agenților economici emiterea eFacturilor către spitale;

- Guvernul a implementat Ordonanța de Urgență privind facturarea, fără TVA, la spitale, care, datorită formulărilor lipsite de claritate și lipsei clarificărilor privind aplicarea pct. 2 art. 1 din Legea nr. 88/2023, emiterea metodologiei a durat aproximativ 60 de zile, fapt ce a dus la refuzul și amânarea de către spitale a plăților facturilor clasice emise de contestator, motivând lipsa emiterii eFacturilor;

- În urma implementării metodologiei Ordonanței de Urgență privind facturarea, fără TVA, la spitale în anul 2023, a generat un blocaj financiar pentru companiile importatoare, din următoarele motive:

- a păstrat obligația plății TVA-lui în vama, la importul produselor medicale;

- a obligat companiile să factureze fără TVA la spitale;

- a făcut imposibilă recuperarea de la spitale a TVA-ului plătit în vamă de către companiile importatoare;

- a obligat companiile importatoare să finanțeze sistemul sanitar public din sursele proprii, fără ca acești factori să fie cunoscuți și incluși în contractele cu spitalele.

Contestatorul menționează că, în perioada pandemiei, au existat perturbări majore ale duratei și tarifelor de transport internațional, din cauza blocajului transportului internațional, care era focusat cu prioritate pe produsele destinate pandemiei, care au dus la următoarele efecte:

- A crescut de 8 ori durata de așteptare a efectuării transporturilor aeriene;

- Au fost triplate tarifele de transport cu avionul;

- Au fost dublate perioadele de transport maritim;

- A crescut de 3 ori durata producției.

Contestatorul precizează că în vederea refacerii stocurilor cu surse financiare suplimentare, acesta a obținut o finanțare de la CEC Bank, în luna 06.2023.

Susține că, în urma refacerii stocurilor, a încheiat contracte noi cu aceleași spitale, fiind onorate integral, ulterior, emiterii certificatelor negative.

În continuarea contestației, ... SRL prezintă certificatele negative emise de spitale, în urma neonorării comenzilor, rezultate din lipsa produselor pe stoc din motivele detaliate anterior.

Invocă prevederile art. 167 alin. (1) lit. (g) din Legea nr. 98/2016 și atașează contestației anexe cu certificatele constatatoare.

Prin adresa nr. 52236/11.12.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 68005/13.12.2023, autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere cu privire la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată și tendențioasă.

Autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației formulate de SRL, menționând că a fost transmisă la CNSC, în data de 05.12.2023 și la sediul autorității contractante, în data de 06.12.2023.

Consiliul solicită contestatorului, prin adresa nr. 69987/3412/C1/21.12.2023, să precizeze actul atacat, obiectul contestației depuse și dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă.

Contestatorul răspunde solicitării Consiliului prin adresa înregistrată sub nr. 70258/22.12.2023, prin care menționează că actul atacat este raportul procedurii, lotul contestat este lotul 5 și precizează că a transmis contestația autorității contractante în data de 22.12.2023, prin curier. Atașează dovada transmiterii prin curier a contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 70302/22.12.2023, autoritatea revine cu solicitarea respingerii contestației ca nefondată și tardivă, precizând că în data de 04.12.2023, aceasta a încheiat și înregistrat acordul cadru nr. 51118 cu operatorii clasați pe primele 3 locuri, întrucât contestatorul a transmis către autoritatea contractantă contestație în data de 06.12.2023, fiind în afara termenului prevăzut de legislație.

Potrivit autorității contractante, comunicările privind rezultatul procedurii au fost generate și publicate în SEAP în data de 22.11.2023 și transmise către toți operatorii economici participanți la procedură; apreciază ca fiind tardivă contestația depusă, potrivit art. 8 din Legea 101/2016, ultima zi în care se putea contesta rezultatul procedurii fiind 02.12.2023. În susținere, atașează print-screen cu data publicării rezultatului procedurii, în SEAP.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 67510/11.12.2023, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209761586/1, tranzacția nr. 1403154641/163688935 din data de 08.12.2023, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în cuantum de 1.080,00 lei pentru lotul 5.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, având ca obiect: „Achiziție reactivi pentru microbiologie” cod CPV: 33698100-0, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1059631/16.09.2023, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 4.799.886,00 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, Consiliul urmează a se pronunța cu întâietate asupra excepției tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere.

În opinia autorității contractante, excepția invocată ar fi justificată prin faptul că societatea contestatoare ar fi transmis contestația atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă după expirarea termenului de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, calculat de la data 22.11.2023, când a fost publicată în SEAP adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

În soluționarea excepției tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul va reține prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră „*Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind*

*achizițiile publice (...)” și cele ale art. 16 alin. (1) din același act normativ potrivit cărora „**Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”.***

Potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, termenul anterior menționat exprimat în zile, începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

Totodată, Consiliul reține ca relevante prevederile art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, care stipulează, în sensul „*Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare*”.

În fine, Consiliul reține prevederile art. 183 alin. (1) Cpc (aplicabile conform art. 68 din Legea nr. 101/2016), potrivit cărora „Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau e-mail, este socotit a fi făcut în termen” și cele ale alin. (3) ale aceleiași norme juridice, potrivit cărora, în cazul anterior menționat, „*(...) recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, precum și mențiunea datei și orei primirii faxului sau a e-mail-ului, astfel cum acestea sunt atestate de către calculatorul sau faxul de primire al instanței, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată*”.

Consiliul reține că SRL a transmis contestația, la CNSC, prin curier rapid, în data 04.12.2023, conform AWB 2338302740002, aflat la dosarul cauzei în continuarea înscrisurilor aferente contestației și către autoritatea contractantă, tot în data 04.12.2023, prin același curier rapid, conform înscrisului „urmărire AWB:2338302740004”, transmis la dosarul cauzei în anexa corespondenței înregistrată la CNSC sub nr. 70634/27.12.2023.

Prin urmare, dovada comunicării nu este data înregistrării contestației la CNSC sau la autoritatea contractantă, astfel cum susține, în mod neîntemeiat, aceasta din urmă, ci, este data depunerii înscrisurilor la curier, respectiv 04.12.2023.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii în data 22.11.2023 (aspect care nu este combătut de contestator), Consiliul reține că, cele 10 zile prevăzute la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 pentru transmiterea contestației, s-au împlinit la data 02.12.2023, iar, întrucât această zi a fost zi nelucrătoare (sâmbătă), termenul s-a prelungit conform art. 5 alin. (2) teza finală din Legea nr. 101/2016, până la finalul următoarei zile lucrătoare, respectiv, până la finalul zilei de luni, 04.12.2023, când a transmis SRL contestația, atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Procedând la analiza, pe fond, a contestației formulată de SRL, Consiliul reține că acesta este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta depusă în cadrul lotului 5, motivat de faptul că acesta „(...) a depus documente pentru susținere DUE din care reiese că nu a respectat condițiile contractuale, respectiv Certificatul constatator nr. 1765/12.10.2023 privind îndeplinirea contractului subsecvent de furnizare nr. 574/05.01.2022 – Lot «seruri hemotest»„.

Având în vedere criticile SRL privind modalitatea pretins excesivă în care i-ar fi evaluat autoritatea contractantă oferta depusă în cadrul lotului 5, Consiliul reține că, pentru demonstrarea experienței similare, autoritatea contractantă a formulat, la secțiunea III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională din anunțul de participare, următoarea cerință minimă de calificare: „Lista principalelor livrări de produse din ultimii 3 (trei) ani conținând valori, perioade de livrare, beneficiari însoțită de certificări/documente de bună execuție emise sau contrasemnate de o autoritate ori de un client beneficiar pentru cele mai importante livrări”.

Consiliul reține că, la pag. 453-458 (numerotarea olografă a autorității contractante), în vol. 2 al dosarului cauzei, se regăsește DUAE depus de SRL în cadrul prezentei proceduri, conform art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în care sunt menționate 4 contracte, derulate anterior, cu:, ..., ...” și

Ulterior aplicării criteriului de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului, prin adresa nr. 48803/13.11.2023 (pag. 396), să transmită documentele doveditoare DUAE, conform art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, răspunsul acestuia regăsindu-se la pag. 294 – 367.

Prin adresa nr. 48917/14.11.2023 (pag. 292), autoritatea contractantă a solicitat contestatorului „(...) să ne transmiteti, pentru

îndeplinirea experienței similare, contractele și certificatele constatatoare aferente încheiate cu, respectiv, contractele subsecvente aferente acordului cadru nr. 26463/14.09.2020 având ca obiect «reactivi pentru microbiologie», cât și certificatele constatatoare pentru aceste contracte”.

Contestatorul a răspuns prin adresa aflată la pag. 202-203, la care a anexat anumite înscrisuri, printre care și certificatul constatator nr. 1765/12.01.2023 (pag. 290), în care se menționează că respectivul operator economic nu a respectat termenul de livrare prevăzut în contract.

Referitor la produsele livrate, se menționează că acestea au corespuns cerințelor din caietul de sarcini.

Ulterior verificării răspunsului transmis de contestator, autoritatea contractantă a respins oferta acestuia, prin raportul procedurii nr. 49737/21.11.2023 (pag. 178-200), apreciind că certificatul constatator anterior menționat atestă nerespectarea clauzelor contractuale de către respectivul operator economic.

Sintetizând demersurile expuse cronologic în considerentele anterioare, Consiliul reține că, având cunoștință, din contractele derulate anterior, de modalitatea în care și-a îndeplinit SRL obligațiile asumate, autoritatea contractantă a cerut acestuia, suplimentar față de contractele menționate la secțiunea aferentă experienței similare din DUAЕ, să depună anumite înscrisuri, printre care și certificatul constatator negativ, ulterior, hotărând să respingă oferta acestuia pentru acest motiv.

Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, dispun, în sensul *„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: (...) 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”*.

Prin urmare, pentru a respinge oferta contestatorului, autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate îndeplinirea simultană a celor 2 condiții:

- Pe de o parte, acesta să-și fi încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice

și

- Pe de altă parte, respectivele încălcări să fi dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Totodată, Consiliul reține că prevederile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, dispun, în sensul „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” și „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”, la alin. (3) enumerate fiind, exemplificativ, categoriile de dovezi pe care le pot depune operatorii economici în vederea demonstrării credibilității.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta contestatorului din mai multe motive, care vor fi expuse în continuare.

Astfel, ca un prim aspect, Consiliul reține că, din informațiile sumare menționate în certificatul constatator nr. 1765/12.01.2023, nu rezultă îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că nerespectarea termenelor de livrare a produselor nu poate fi considerată abatere gravă, câtă vreme, în același certificat constatator se menționează că produsele au corespuns cerințelor din caietul de sarcini, aspect din care rezultă că societatea contestatoare și-a îndeplinit obligațiile contractuale, chiar dacă aceasta s-a făcut cu întârziere.

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu avea cum să rețină nici caracterul repetat al abaterilor, deoarece, a luat în considerare un singur certificat constatator negativ, respectiv, cel emis chiar de ea, anterior, iar, multitudinea de alte abateri au fost relevate doar ulterior respingerii, în contestația care face obiectul prezentei.

În cauza C-465/11 CJUE, la pct. 29, a reținut că „în consecință, **nerespectarea de către un operator economic a obligațiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională**”.

În al doilea rând, indiferent de caracterul grav sau repetat al abaterilor, autoritatea contractantă nu avea dreptul să respingă oferta contestatorului în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fără a parcurge pașii prevăzuți la art. 171 din același act normativ,

respectiv, fără a-i da contestatorului șansa de a-și demonstra credibilitatea.

Având în vedere aceste aspecte, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice:

- art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016: „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatat, 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. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i 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**”.

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016: „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, **neexecutarea contractului**, livrarea/prestarea/executarea **unor produse/ servicii/lucrări** care prezintă **neconformități** majore care le fac **improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract**”;

- art. 171 alin. (1), (2), (3) și (5) 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. (5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”.

În soluționare, Consiliul reține și faptul că dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24/UE „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: (...) **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**”.

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 para. (2) și (3) al Directivei 2014/24/UE „Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern.

Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.

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

Față de aceste aspecte, Consiliul reține că, atât legiuitorul comunitar, cât și cel național (textele art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 fiind similare celor art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva nr. 2014/24/UE) a conferit autorității contractante competența:

- să constate **deficiențele semnificative** sau cele care persistă în **îndeplinirea obligațiilor de fond din cadrul unui contract de achiziții încheiat anterior, contract care ulterior fie a fost reziliat**, fie a implicat plata unor **daune interese**, fie au fost aplicate alte **sanțiuni comparabile**; legiuitorul român definind, la art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, ce înțelege prin noțiunea de încălcări grave ale obligațiilor contractuale, definiție care a avut la bază teza finală a para. (2) și a para. (3) din cadrul considerentelor 101 din Directiva nr. 2014/24/UE, antemenționate.

Prin folosirea conjuncției disjunctive „sau” în cadrul lit. g) alin. (1) art. 167 din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a impus îndeplinirea unor **condiții alternative** și nu cumulative.

Față de aceste aspecte, rezultă că, atât legiuitorul comunitar, cât și cel național, în cadrul noii directive în domeniul achizițiilor, a dorit să facă o distincție clară între noțiunile de „abatere profesională gravă” și „deficiențe semnificative ale obligațiilor contractuale”.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată, respectiv, de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de

achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

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

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizarea adusă prin art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precizare citată mai sus, în sensul că, perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În același timp, alin. (8) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, citat mai sus, aduce lămuriri asupra modului în care vor fi interpretate încălcările grave ale obligațiilor contractuale, prezentând exemple concrete, printre acestea regăsindu-se și **deficiențele semnificative ale produselor furnizate, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus.**

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că legiuitorul nu a impus existența unui anumit înscris, având un anumit conținut, însă, potrivit art. 166 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016: „(3) *Autoritatea contractantă are următoarele obligații:*

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice” și „(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”.

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

În acest context, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare nu ar fi trebuit să se limiteze doar la simpla existență a certificatului constatator anterior menționat, astfel cum a procedat în speța dedusă soluționării, ci, ar fi trebuit să procedeze la efectuarea verificărilor prevăzute la art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016.

În speța C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs. Poczta Polska S.A. care a avut ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia), privind interpretarea art. 45 (2) litera (d) din Directiva 2004/18/CE coroborat cu articolul 53 (3) și cu articolul 54 (4) din Directiva 2004/17/CE, Curtea a arătat următoarele:

- noțiunea „*abatere gravă*” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă;

- constatarea existenței unei „*abateri grave*” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză;

- reglementarea națională [din legea poloneză] impune autorității contractante să excludă de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator economic în ipoteza în care, din cauza unor circumstanțe care „*sunt imputabile*” acestuia din urmă, autoritatea respectivă a reziliat sau a denunțat unilateral un contract încheiat cu operatorul economic în cauză în cadrul unui contract de achiziții publice anterior;

- noțiunea „*motive imputabile*” este foarte largă și poate cuprinde situații care depășesc cu mult o atitudine a operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau neglijență de o anumită gravitate din partea sa [...] noțiunea „*abatere gravă*”, nu poate fi înlocuită cu noțiunea „*motive imputabile*” operatorului economic în cauză.

De asemenea, Curtea a reținut că, deși, din cuprinsul articolului 54 alineatul (4) din Directiva 2004/17, reiese ca autoritățile contractante pot stabili criterii de selecție calitativă, în plus, față de criteriile de excludere enumerate la articolul 45 din Directiva 2004/18, totuși, conform unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 45 alineatul (2) din această directivă, enumeră, în mod exhaustiv, cauzele care pot să justifice excluderea unui operator economic de la participarea la un contract pentru motive, întemeiate pe elemente obiective, privind calitățile sale profesionale și se opune, în consecință, ca statele membre să completeze lista pe care o cuprinde cu alte cauze de excludere întemeiate pe criterii referitoare la calitatea profesională.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul reține că, prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit, la un moment dat, în contextul îndeplinirii unui contract. Din considerațiile făcute de Curte în cazul C-465/11, se reține că aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, existând, de fapt, un cumul de condiții care urmează a fi îndeplinite, pentru ca decizia de excludere să poată fi considerată una corectă.

Prin urmare, nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) Legea nr. 98/2016.

În mod evident, în perioada derulării unui contract sunt inerente anumite deficiențe, mai ales, în cadrul unor proiecte complexe sau a unor condiții cum sunt cele generate de pandemia COVID-19.

Faptul că, nerespectarea obligațiilor asumate de prestatorul SRL nu a condus la rezilierea contractului, ci, doar la calcularea de penalități datorită întârzierii, coroborat cu mențiunea că produsele au corespuns cerințelor din caietul de sarcini, demonstrează aparenta lipsă de gravitate a abaterilor acestui operator economic în relația contractuală cu, abateri pe care, totuși, autoritatea contractantă apare că urmărește să le evite, în contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Totodată, legiuitorul a prezumat a fi suficient ca operatorul să își dovedească credibilitatea, însă, în speță, comisia de evaluare nu a solicitat, iar, contestatorul nu a transmis astfel de dovezi.

Astfel cum s-a menționat anterior, autoritatea contractantă nu a procedat la solicitarea și verificarea eventualelor dovezi adoptate de SRL pentru demonstrarea credibilității sale, astfel cum avea obligația, potrivit art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, limitându-se să aprecieze, în mod subiectiv și nemotivat, că aceasta „(...) a depus documente pentru susținere DUAЕ din care reiese că nu a respectat condițiile contractuale, respectiv certificatul constatator nr. 1765/12.01.2023 (...)”.

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

sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție.

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

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

Mai mult, Consiliul reține că, în cadrul considerentului 101 din expunerea de motive a Directiva 2014/24/UE, este precizat faptul că „Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității”, sintagmă din care rezultă că autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite și să evalueze măsurile luate de contestator, raportat la prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale aspectelor consemnate în certificatul constatator.

În cauza C-472/19, CJUE s-a pronunțat referitor la regimul

măsurilor corective destinate să dovedească restabilirea fiabilității unui operator economic vizat de un motiv de excludere, astfel:

„16 În această privință, trebuie amintit că, în temeiul articolului 38 alineatul (9) primul paragraf din Directiva 2014/23, orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate, printre altele, la alineatul (4) al acestui articol poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței motivului relevant de excludere, și că, dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedură. Această dispoziție introduce astfel un mecanism de măsuri corective

(self- cleaning) [a se vedea prin analogie, în ceea ce privește articolul 57

alineatul (6) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), care este echivalentul articolului 38 alineatul (9) din Directiva 2014/23, Hotărârea din 30

ianuarie 2020, Tim, C- 395/18, EU:C:2020:58, punctul 49 și

jurisprudența citată].

17 Din modul de redactare a articolului 38 alineatul (9) primul paragraf din Directiva 2014/23 reiese că, prin faptul că prevede că orice operator economic poate furniza dovada măsurilor corective luate, această dispoziție conferă operatorilor economici un drept pe care statele membre trebuie să îl garanteze cu ocazia transpunerii acestei directive, cu respectarea condițiilor stabilite de aceasta din urmă".

Ori, întrucât, autoritatea contractantă s-a limitat să constate doar existența certificatului constatator și, implicit, a abaterilor consemnate în acesta, fără să aprecieze, în niciun fel, credibilitatea societății contestatoare, dobândită prin eventualele măsuri adoptate conform art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că, prin modalitatea superficială în care a evaluat oferta SRL, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit, în mod corespunzător, atribuțiile prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) și k) din HG nr. 395/2016, criticile contestatorului privind modalitatea superficială de evaluare a propriei sale oferte urmând să fie admise.

În ceea ce privește multitudinea de certificate constatatoare, enumerate de SRL în contestație, acestea nu vor fi analizate la acest moment, motivat de faptul că, potrivit principiului disponibilității, statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se pronunță strict cu privire la aspectele cu care a fost investit.

Astfel, conform principiului disponibilității, limitele contestației sunt determinate de contestator, care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele, deoarece, obligația sa este de a se

pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității.

În speță, ... SRL a investit Consiliul să se pronunțe cu privire la respingerea ofertei sale, iar, această respingere a survenit urmare a constatării existenței unui singur certificat constatator, respectiv, certificatul constatator nr. 1765/12.01.2023 (pag. 290), emis chiar de actuala autoritate contractantă.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii, în partea aferentă ofertelor desemnate câștigătoare pentru lotul 5 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului pentru lotul 5, de la etapa de verificare a documentelor suport DUAЕ, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii, în partea aferentă ofertelor desemnate câștigătoare pentru lotul 5 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului, pentru lotul 5, de la etapa de verificare a documentelor suport DUAЕ, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16(șaisprezece) pagini