

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. 2032/C1/2020, 2051

Data: 13.09.2021

Prin contestația nr. 503/05.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 41029/06.08.2021, formulată de SC SRL cu sediul în, str., jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO 13920524, reprezentată legal de, împotriva raportului procedurii nr. 31756/29.07.2021, emis de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str. Clinicilor, nr. 3-5, jud., în cadrul procedurii licitație deschisă având ca obiect încheierea acordului cadru pentru: „Consumabile terapie intensivă” cod CPV 33140000-3, s-a solicitat anularea raportului procedurii referitor la loturile 5 și 6 și reevaluarea ofertei sale.

Prin contestația nr. 383/09.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 41394/09.08.2021, formulată de SC SRL cu sediul în localitatea, nr. 286, jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO 16152102 reprezentată legal prin, împotriva rezultatului procedurii de atribuire emis de către, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

1. anularea raportului procedurii de atribuire și a proceselor verbale intermediare referitor la lotul 2, reevaluarea ofertei sale și excluderea ofertei SC SRL.

Prin adresa nr. 1095/19.08.2021 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43672/20.08.2021 SC SRL, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/17174/2005, având CUI RO 18035010, prin, formulează cerere de intervenție voluntară în favoarea autorității contractante, în contradictoriu cu SC SRL, solicitând respingerea contestației ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2020/2021 și nr. 2051/2021

au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

În fapt SC SRL precizează că autoritatea contractantă a respins oferta sa ca inacceptabilă, conform art. 137 alin. (2) litera j) din HG nr. 395/2016 motivat de faptul că oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Contestatorul anexează contestației certificatul calificat emis de furnizorul său de servicii de certificare, respectiv SC SRL, cu care are încheiat un contract din data de 28.10.2020.

Totodată menționează faptul că a semnat cu aceeași semnătură electronică la toate procedurile din SICAP începând cu ianuarie 2021 și până în prezent, semnături acceptate și recunoscute de autoritățile contractante.

De asemenea, arată că orice agent economic care semnează documente electronic, prin programul pus la dispoziție de furnizorul de servicii de certificare acreditat SC SRL, are 2 posibilități de semnare:

- butonul „semnează document”, care se folosește pentru orice tip de document și generează extensia p7m;
- butonul „semnează document pdf”, care se folosește doar pentru documentele tip pdf și păstrează extensia pdf, în ambele cazuri, documentele finale vor avea semnătură electronică extinsă.

În consecință, susține că toate documentele încărcate pe SEAP au semnătură electronică extinsă, după cum se poate observa la deschiderea acestora, respectiv a semnat electronic documentul OP nr. 2 Unicredit Bank prin butonul „semnează document pdf” și astfel i s-a generat extensia pdf, iar celelalte documente, respectiv, oferta tehnică, oferta financiară și declarațiile au fost semnate tot prin butonul „semnează document pdf” și astfel s-a păstrat extensia pdf.

Totodată menționează că nu există posibilitatea achiziționării a două tipuri de semnături electronice diferite: semnătură electronică și semnătură electronică extinsă, orice agent economic care postează documente pe SEAP, deținând un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, semnează doar cu semnătură electronică extinsă.

SC SRL, precizează că prin , deține începând cu data de 28.10.2020, un certificat calificat, valabil, de semnătură electronică extinsă, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat (certificat nr. seria 40B34B039E50E4202F1775DE emis de furnizorul de servicii de certificare SRL, valabil până la data de 28.10.2023).

Contestatorul menționează faptul că, la procedura susmenționată nu i s-a cerut nicio clarificare cu privire la semnătură electronică extinsă, pentru a se putea justifica cu privire la validitatea semnăturii electronice.

De asemenea, precizează că în cadrul procedurii a fost inițiată faza de licitație electronică la loturile 5 și respectiv 6 unde societatea sa nu a putut participa, deoarece a fost descalificat anterior, fără să fie anunțat, pentru a ne putea apăra.

În drept, își întemeiază prezenta contestație pe prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, precum și toate textele legale invocate în cuprinsul contestației.

În sprijinul contestației, depune următoarele mijloace de probă:

- raportul procedurii nr. 31756/29.07.2021;

- Certificat calificat având nr. serie 40B34B039E50E4202F1775DE, emis de furnizorul de servicii de certificare SRL;

- OP 2 Bank - depunere garanție participare - document invocat ca fiind fără semnătură electronică extinsă, depus în SICAP.

Față de cele evocate mai sus, solicită obligarea autorității contractante la anularea raportului procedurii.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu cu nr. 41666/10.08.2021 SC SRL depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207410997/1 tranzacția nr. 1114203647/1910918150 din 09.08.2021 în valoare de 11.342,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala

Prin adresa nr. 34076/12.08.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 42186/12.08.2021 autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestația SC SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Referitor la critica privind modul inadecvat de verificare a existenței semnăturii electronice aplicată pe documentele depuse de SC SRL autoritatea contractantă menționează următoarele:

În calitate de autoritate contractantă susține faptul că a efectuat și verificat până la momentul de față mii de contracte cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, toate fiind acceptate, neexistând nici un impediment în identificarea acestora, fapt ceea ce dă dovadă de existența unui sistem informatic performant existent în cadrul instituției și de o comisie competentă în acest sens. Menționează că toate aceste documente acceptate au fost semnate cu semnătură electronică calificată vizibilă în cadrul documentelor: acest tip de semnătură este vizibilă pe document, nefiind necesar a se efectua alte operații tehnice în vederea identificării existenței semnăturii.

Autoritatea contractantă susține că se bazează pe egalitate de tratament față de toți operatorii economici ofertanți și astfel acceptă documentele semnate prin acest tip de semnătură care reprezintă varianta cea mai comună formă accesibilă tuturor deoarece nu necesită

alte proceduri suplimentare de accesare și asigură vizualizarea directă a semnăturii.

Totodată menționează, că potrivit art. 60. alin. (4) din HG nr. 395 din 2 iunie 2016 legiuitorul prevede doar obligația ofertanților de a semna documentele cu semnătură electronică calificată neprevăzând în sarcina autorității contractante alte obligații complementare de a folosi metode/ sisteme informatice/speciale de identificare a semnăturilor electronice calificate, motiv care ar putea fi interpretat ca tratament diferențiat acordat ofertanților la licitație.

Autoritatea contractantă precizează că la momentul verificării documentelor primite de la ofertantul SC SRL comisia a procedat la verificarea documentelor, respectiv la verificarea îndeplinirea condițiilor privind existența semnăturii ofertantului și a constatat lipsa existenței semnăturii, motiv pentru care a procedat la excludere ofertantului pe motivele de excludere stipulate la art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/ acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Menționează faptul că societatea contestatoare a folosit un tip de semnătură calificată extinsă diferită de tipul de semnătură folosită de majoritatea ofertanților.

Autoritatea contractantă în vederea identificării diferențiate a acestui tip de semnătură ar fi trebuit să procedeze prima dată la descărcarea fișierelor pentru ca semnătura invizibilă electronică să devină vizibilă și să poată fi identificată de către membrii comisiei, respectiv să folosească un alt tip de motor de căutare, fapt ceea ar fi fost posibil doar în ipoteza în care ar fi fost înștiințată privind modul specific/particular/diferit de vizualizare a semnăturii.

Bazată pe toate aceste considerente întemeiate pe principiul proporționalității și al tratamentului egal, solicită să se constate netemeinicia criticilor invocate de contestator și să dispună respingerea contestației ca atare.

Prin contestația nr. 383/09.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 41394/09.08.2021, SC SRL critică raportul procedurii nr. 31756/29.07.2021 privind respingerea ofertei sale pentru nesemnarea documentelor cu semnătură electronică extinsă, în baza unui certificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat și admiterea ofertei SC SRL care în fapt este inacceptabilă.

Contestatorul precizează că până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 27.05.2021 ora 15,00, a depus oferta la procedura de atribuire pentru Lotul nr. 2 - Mănuși sterile nepudrate mărimi 6; 6,5; 7; 7,5; 8; 8,5, prin încărcarea pe platforma SICAP la rubricile aferente toate documentele solicitate în documentația de atribuire și fișa de date a achiziției.

De asemenea, susține că documentele depuse, respectiv documentele de calificare, oferta tehnică, formularul de ofertă financiară au fost semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii așa cum a fost solicitat în fișa de date.

Contestatorul precizează că pe tot parcursul desfășurării procesului de evaluare, SC SRL nu a fost informată de stadiul evaluării, autoritatea contractantă nepublicând în SICAP niciun proces verbal/raport intermediar/comunicare.

Sesizându-se din oficiu că nu a fost invitată să participe la faza de licitație electronică, SC SRL a solicitat pe e-mail în data de 23.07.2021 autorității contractante să-i transmită documente (proces verbal ședință de accesare oferte/procese verbale evaluare ...etc) din care să reiasă motivul pentru care SC nu a fost invitată să participe la faza de licitație electronică.

Autoritatea contractantă a răspuns solicitării sale în data de 26.07.2021 cu adresa nr. 31093, precizând următoarele:

„Motivele care au stat la baza respingerii ofertei înaintate de societatea SRL se întemeiază pe prevederile art. 137 alin. (2) litera j) din Hotărârea nr. 395/2016 din 2 iunie 2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadra din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

Potrivit art. 137 (1) „Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme. (2) în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

j) oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat”.

SC SRL menționează că documentele depuse au fost semnate electronic fapt care poate fi dovedit prin salvarea și ulterior deschiderea documentelor atașate în SICAP. Acestea au în partea dreapta sus inscripția „panou cu semnături”, iar în partea stânga sus inscripția „Semnat, cu toate semnăturile valide”. Prin accesarea butonului „panou cu semnături”, în partea stângă a ecranului apare textul „Rev. 1: Semnată de <.....@gmail.com>.”

Contestatorul precizează că furnizorul de servicii de certificare pune la dispoziție utilizatorilor mai multe moduri de a semna electronic:

1. Semnarea de fișiere P7M și P7S
2. Semnarea electronică a unui fișier PDF.

Semnătură invizibilă - Semnătura nu este vizibilă pe document, dar apare în cadrul structurii documentului PDF;

Semnătură vizibilă - Semnătura va fi vizibilă pe document,

iar fișierele semnate pot fi de tip .p7s/.p7m sau .PDF, în funcție de opțiunea dorită.

În fișa de date a achiziției la secțiunea IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei, autoritatea contractanta nu a precizat concret modalitatea de semnare electronică a documentelor, astfel că SC SRL a ales să semneze documentele prin aplicarea semnăturii electronice invizibilă, care nu este vizibilă pe document, dar apare în cadrul structurii documentului PDF.

Așadar SC SRL susține că a depus documentele în conformitate cu prevederile articolului 60 alin. (1) și alin. (4) din HG nr. 395 din 2 iunie 2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Consideră că a fost nedreptățit pentru că oferta sa a fost respinsă din vina exclusivă a autorității contractante mai precis prin comisia de evaluare ai cărei membrii nu au verificat sau au verificat superficial existența semnăturii electronice aplicată pe documentele depuse de SC SRL.

În ceea ce privește ofertantul SC SRL, precizează că pe numele acestuia a fost emis de către Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului documentul constatator nr. 655/ 09.02.2021, publicat în SICAP cu nr. AD1041331, în care este precizat refuzul ofertantului câștigător SC SRL de a semna contractul de achiziție publică, motivul invocat fiind imposibilitatea furnizării produselor prevăzute în contract.

Raportat la situația prezentată mai sus în ceea ce privește operatorul economic SC SRL, făcând aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, oferta SC SRL ar fi trebuit respinsă.

Având în vedere că ofertantul SC SRL se află în aceeași situație cu cea a ofertantului SC SRL, respectiv ambii au emis documente constatatoare negative și ținând cont de principiile nediscriminării și a tratamentului egal, ofertantul SC SRL ar fi trebuit exclus din procedură.

Având în vedere cele prezentate contestatorul solicită:

1. Anularea raportului procedurii cu numărul de înregistrare 31756 din data de 29.07.2021, a tuturor actelor subsecvente, printre care și comunicarea prin care ofertantul SC SRL a fost declarat câștigător, anularea tuturor proceselor verbale de evaluare intermediare întocmite în perioada de evaluare

2. Obligarea autorității contractante la reluarea evaluării ofertelor prin luarea în considerare și includerea în procesul de evaluare a ofertei depuse de SC SRL și excluderea din procedură a ofertantului SC DELUXE CARDS SRL.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 43257/18.08.2021 SC SRL a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207421965/1 din data de 13.08.2021 în valoare de 78.100,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala

Constatând o eroare în redactarea recipisei de consemnare a cauțiunii (s-a menționat eronat numărul de dosar), prin adresa nr. 43407/2051/C1/19.08.2021, Consiliul a solicitat SC SRL remedierea acesteia.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu cu nr. 46144/02.09.2021 SC SRL depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207447482/1 tranzacția nr. 1119351961/1918164227 din 24.08.2021 în valoare de 78.100,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala

Prin adresa nr. 34075/12.08.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 42187/12.08.2021 autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația SC SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

I. Referitor la solicitarea de excludere din procedură a ofertantului SC SRL, pentru motive stipulate la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă consideră că această solicitare de excludere este neîntemeiată, nefondată, deoarece ofertantul SC DELUXE CARDS SRL potrivit legii nu se află sub incidența celor stipulate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă, susține că sunt incidente prevederile art. 165 alin. (2) și art. 166 alin. (2) potrivit Legii nr. 98/2016.

Astfel arată că deși pe numele ofertantului SC SRL s-a emis un certificat constatator nr 655/09.02/2021 de către Direcția Generală de Asistență și Protecția Copilului, obligațiile de plată datorate reprezentau o sumă derizorie, astfel încât, ..., în calitate de autoritate contractantă, avea tot dreptul legal stipulat prin lege de a nu exclude ofertantul din licitație.

De asemenea, menționează faptul că operatorul economic și-a îndeplini obligațiile de plată de bună-credință, fapt ce reiese din conținutul certificatului constatator.

Consideră că motivul de excludere invocat de contestator potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) nu este incident în situația de față deoarece chiar dacă și în momentul de față ar fi existat obligația de plată, potrivit legii, aplicarea de penalități fără a mai fi nevoie să se dovedească existența unui prejudiciu nu ar putea fi considerată o sancțiune comparabilă cu „plata de daune interese” în sensul art. 167 alin. (1) lit. g) - încălcare gravă și repetată a obligațiilor principale din contract, întrucât în cazul acestora din urmă este nevoie de realizarea unor demersuri suplimentare în vederea demonstrării unui eventual prejudiciu și recuperării acestuia.

Prin urmare, apreciază că doar aplicarea de penalități conform clauzelor unui contract de achiziție nu aduce operatorul economic în

cauză în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar în speța de față, odată ce penalitățile aplicate în sarcina ofertantului SC SRL nu sunt nici grave și nici nu au caracter repetat - fapt ceea ce reiese din conținutul certificatului constatator emis pe numele acestuia, reprezentând o sumă de 466,84 lei, obligație de plată care figurează a fi fost efectuată de bună-credință de agentul economic, motiv pentru care consideră contestația ca fiind neîntemeiată pentru acest motiv.

II. Referitor la critica privind modul superficial de verificare a existenței semnăturii electronice aplicată pe documentele depuse de SC SRL menționează următoarele:

În calitate de autoritate contractantă precizează că a efectuat și verificat până la momentul de față mii de contracte cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat calificat, toate fiind acceptate, neexistând nici un impediment în identificarea acestora, fapt ceea ce dă dovadă de existența unui sistem informatic performant existent în cadrul instituției și de o comisie competentă în acest sens. Menționează că toate aceste documente acceptate au fost semnate cu semnătură electronică calificată vizibilă în cadrul documentelor: acest tip de semnătură este vizibilă pe document, nefiind necesar a se efectua alte operații tehnice în vederea identificării existenței semnăturii.

Autoritatea contractantă se bazează pe principiul egalității de tratament față de toți operatorii economici ofertanți și astfel acceptă ca fiind valide documentele semnate prin acest tip de semnătură - vizibilă în document - care reprezintă varianta cea mai comună accesibilă tuturor deoarece nu necesită alte proceduri suplimentare de accesare și asigură vizualizarea directă a semnăturii în cadrul documentului.

Totodată arată că potrivit art. 60. alin. (4) din HG nr. 395 din 2 iunie 2016 legiuitorul prevede doar obligația ofertanților de a semna documentele cu o semnătură electronică calificată neprevăzând în sarcina autorității contractant alte obligații complementare de a folosi metode/sisteme informatice/ speciale de identificare a semnăturilor electronice calificate.

În acest sens arată că la momentul verificării documentelor primite de la ofertantul SC SRL comisia a procedat la verificarea documentelor, respectiv la verificarea îndeplinirii condițiilor privind existența semnăturii ofertantului și a constatat lipsa existenței semnăturii, motiv pentru care a procedat la excludere ofertantului pe motivele de excludere stipulate la art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395 din 2 iunie 2016.

Autoritatea susține că contestatorul a folosit un tip diferit de semnătură - fapt recunoscut de către acesta - o semnătură calificată extinsă diferită de tipul de semnătură folosită de majoritatea ofertanților, și anume a folosit o semnătură calificată extinsă invizibilă.

Acest tip de semnătură invizibilă devine vizibilă doar în urma unei metode diferite de identificare.

Autoritatea contractantă în vederea identificării diferențiate a acestui tip de semnătură invizibilă ar fi trebuit să procedeze prima dată la descărcarea fișierelor pentru ca semnătura invizibilă electronică să devină vizibilă și să poată fi identificată de către membrii comisiei, respectiv să folosească un alt tip de motor de căutare, fapt ceea ar fi fost posibil doar în ipoteza în care ar fi fost înștiințată privind modul specific/particular/ diferit de vizualizare a semnăturii.

Bazată pe toate aceste considerente întemeiate pe principiul proporționalității și al tratamentului egal, solicită Consiliului să constate netemeinicia criticilor invocate de contestator și să dispună respingerea contestației ca atare.

Prin adresa nr. 1095/19.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 43672/20.08.2021 SC SRL depune cerere de intervenție voluntară în favoarea autorității contractante solicitând respingerea contestației formulată de SC SRL ca neîntemeiată.

Înainte de a intra pe fondul cauzei, intervenientul solicită Consiliului să analizeze dacă contestatorul a constituit corect în condițiile prevăzute la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cauțiunea raportată la valoarea estimată atât la lotul 26 la care a participat , cât și la loturile 1, 2 și 5 pentru care contestă rezultatele procedurii de atribuire.

Intervenientul precizează că va face referire, doar față de considerentele și motivele criticate de către contestator asupra rezultatelor stabilite prin raportul procedurii în ceea ce privește solicitarea de excludere a sa la loturile 1, 2 și 5, și va dovedi netemeinicia acțiunii, iar în ceea constituie motivul privind excluderea din cadrul procedurii (expuse la pag. 13 din raport) a ofertei contestatorului pentru prezentarea ofertei fără dovada semnării electronice extinse a documentelor bazat pe un certificat calificat, nu poate face aprecieri deoarece este atributul exclusiv al constatărilor analizate și identificate în concret de către comisia de evaluare.

În raport cu critica contestatorului privitoare la lipsa informării acestuia pe întreaga perioadă de derulare a procesului de evaluare prin „nepublicarea pe SICAP a niciunui proces verbal/raport/comunicare”, arată că nu există această obligație legală și nici măcar procedurală pe platforma electronică SICAP, întrucât prevederile art. 215 alin. (1) coroborat cu art. 216 alin. (1¹) din Legea nr. 98/2016 (actualizată) sunt de strictă interpretare și aplicabilitate, în sensul că orice informare/comunicare/înștiințare (după caz) se dispune numai după finalizarea procedurii de atribuire.

Astfel:

În ceea ce privește nemulțumirea contestatorului potrivit căruia, oferta intervenientului trebuia exclusă din cadrul procedurii de atribuire deoarece în condiții de similaritate decizia de excludere a ofertantului

SC SRL, se aplica și ofertei SC SRL, arată că membrii comisiei de evaluare au analizat corect și în mod obiectiv situația total diferită a sa în contradictoriu cu situația ofertantului exclus.

În sensul arătat, susține că autoritatea contractantă în respectarea și aplicarea corespunzătoare a prevederilor art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 a procedat corect acceptând în cadrul etapei de analiză a documentelor în justificarea DUAE în stadiul clasamentului preliminar cârmuit de dispozițiile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, că explicațiile, argumentele, măsurile și acțiunile întreprinse de intervenient în conformitate cu dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 și prezentate în cadrul declarației potrivit art. 167 și anexate dovezile însoțitoare la data de 12.07.2021, au stat la baza dovedirii incontestabile a credibilității sale, astfel încât pe cale de consecință, au stabilit îndeplinirea condițiilor de admisibilitate, implicit calificarea ofertei sale în stabilirea clasamentului final.

Astfel, intervenientul susține că din cuprinsul motivațiilor prezentate benevol prin adresa însoțitoare nr. 1034/07.07.2021 prezentată la data de 12.07.2021, a arătat că față de situația unică și pe cale de excepție a cazului privind publicarea pe SICAP a certificatului constatator nr. 655/09.02.2021 emis de către DGASPC, a prezentat contextul situației nedorite, măsurile și acțiunile întreprinse, dovezile atașate, constând în anexarea (doar în parte) a unui număr foarte mare de certificate constatatoare privind îndeplinirea corectă și la timp a absolut tuturor contractelor încheiate cu toate autorităților contractante, din care rezultă în mod indubitabil seriozitatea și credibilitatea în ceea ce privește sustenabilitatea în derularea și executarea în bune condiții a unui contract/acord cadru de achiziție publică dar și în raport cu partenerii contractuali privați.

Mai mult, arată că față de momentul înaintării documentelor justificative către comisia de evaluare, ca rezultat al demersurilor stăruitoare și apelarea la toate căilor legale și instrumentele juridice avute la dispoziție, prin acțiuni repetate a reușit după notificarea oficială (emise în temeiul art. 7 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ) a instituției emitente a certificatului constatator, în speță, DGASPC să achite debitul invocat de natura daunelor interese de 466,84 lei și să se obțină un nou certificat constatator rectificativ și actualizat cu nr. 59067/10.08.2021, publicat pe SICAP cu nr. AD1047327/10.08.2021, emis de către DGASPC privind stingerea litigiului referitor la daune interese în valoare de 466,84 lei, reprezentând diferențe preț materiale protecție COVID 19 cu confirmarea referitoare la buna credință a sa.

Intervenientul susține în contradictoriu cu alegațiile contestatorului că autoritatea contractantă prin comisia de evaluare este suverană în decizii adoptate (sub rezerva dovedirii „în contră” și nu a acuzării gratuite de către orice operator nemulțumit) și are atributul exclusiv a

analizării fiecărei oferte în parte în cadrul procedurii de atribuire, a respectării principiului proporționalității între fapta săvârșită și consecințele produse, a considerentelor expuse în cadrul dovezilor prezentate în baza dispozițiilor art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Faptul că contestatorul nemulțumit de situația proprie a excluderii din procedură „a înțeles” că trebuie să apeleze la motive și considerente ce nu țin de principii ale onorabilității și deontologiei comerciale bazate pe acceptarea unei concurențe reale, serioase și bazat pe argumente de eficiență economică a prețului din perspectiva criteriilor de calificare și atribuirii în admiterea unui ofertant, intervenientul consideră că în viziunea membrilor Consiliului acestea nu pot scăpa neobservate și neglijate deopotrivă.

Față de cele expuse reiterează solicitarea că prin decizia pe care o va adopta Consiliul să respingă contestația primită și să mențină deciziile și rezultatele stabilite prin raportul procedurii de către comisia de evaluare ca fiind temeinice, legale și pe deplin justificate.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă având ca obiect încheierea acordului cadru pentru: „Consumabile terapie intensivă” cod CPV 33140000-3, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1030429/23.04.2021. Criteriul de atribuire ales este: cel mai bun raport calitate preț.

În cauza care formează obiectul dosarului nr. 2051/2021 având ca obiect contestația formulată de SC SRL, operatorul economic SC SRL a depus cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. 43672/ 20.08.2021 care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data formulării contestației, 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 faptul că la data de 10.08.2021, autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul lotului 2 al procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC SRL, astfel cum a fost calificată.

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 a SC SRL împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Procedând, pentru început, la analiza contestației formulată de SC SRL, Consiliul reține că acest operator economic este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta depusă în cadrul loturilor 5 și 6 ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. j) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că oferta și documentele care o însoțesc nu ar fi fost semnate cu semnătură electronică extinsă.

Având în vedere criticile contestatorului, Consiliul va reține că, la secțiunea IV.4.3 „Modul de prezentare al ofertei” din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[CN1030429/00004] FisaDate_DF1111176.pdf” intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte: „Ofertanții trebuie să transmită oferta și documentele asociate doar în format electronic, conform instrucțiunilor din prezentul document, și doar prin încărcarea acestora în SEAP (...).

Pentru transmiterea ofertei în SEAP **documentele care compun oferta și DUAЕ vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă**, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii și încărcate în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic (...).

Nu se acceptă oferte și/sau documente nesemnate cu semnătură electronică extinsă validă a semnatarului ofertei, bazată pe un certificat calificat nesuspendat sau nerevocat la momentul semnării ofertei, în conformitate cu prevederile legale referitoare la semnătură electronică”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 60 alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016: „(1) Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAЕ în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare (...) (4) Documentele prevăzute la alin. (1) vor fi semnate cu **semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat**, eliberat de un **furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii** și încărcate în SEAP în secțiunile specifice disponibile

în sistemul informatic și numai de către operatorii economici înregistrați”;

- art. 123 alin. (2) și (3) din HG nr. 395/2016: „(2) Operatorul economic **depune** oferta, DUAЕ, documentele de calificare, **răspunsurile la solicitările de clarificări** numai prin mijloace electronice atunci când participă la o procedură de atribuire care se desfășoară prin intermediul SEAP. (3) Documentele prevăzute la alin. (2) **se semnează cu semnătură electronică** extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, reprezentând documente originale”.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul reține că în anexa corespondenței nr. 3754/18.08.2021 înregistrată la CNSC sub nr. 44054/23.08.2021, autoritatea contractantă a transmis în format electronic, pe DVD, ofertele depuse de SC SRL în cadrul loturilor 5 și 6, acestea aflându-se în folderul „COMPLETARE DOSAR 2020-CRAD.RO\Lot 5\..... -” și folderul „COMPLETARE DOSAR 2020-CRAD.RO\LOT 6\.....”, acestea fiind formate din fișiere cu extensia .pdf.

Verificând, la rândul său, fișierele „.pdf” anterior menționate cu aplicația Acrobat Reader DC (aplicație disponibilă gratuit pe pagina web oficială Adobe la adresa internet www.adobe.com), prin accesarea butonului „panou cu semnături”, Consiliul reține că acestea sunt semnate electronic cu semnătură electronică de reprezentantul legal al societății prin utilizarea mecanismelor de semnare electronică caracteristice fișierelor .pdf, aspect care rezultă din sintagma „**semnat, cu toate semnăturile valide** (...) **semnată de Daniel Florin Iosub** (...) **semnătura este validă**. Sursa de autentificare obținută de la European Union Trusted List (EUTL). Aceasta este o semnătură electronică **calificată** conform Regulamentului UE 910/2014” (printscreen după rezultatul verificării unuia dintre fișiere a fost atașat dosarului cauzei de către completul de soluționare la pag. 123 din Vol. 1).

Consiliul nu va putea reține alegațiile autorității contractante potrivit cărora SC SRL ar fi folosit „un tip de semnătură extinsă diferită de tipul de semnătură folosită de majoritatea ofertanților” deoarece prevederile legale anterior iterate nu limitează din punct de vedere tehnic modalitățile de semnare electronică a documentelor ci statuează doar că semnătura electronică extinsă utilizată trebuie să fie bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii.

Având în vedere aspectele anterior enumerate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a constatat în mod eronat față de oferta contestatorului incidența prevederilor art. 137 alin. (2) lit. j) potrivit cărora „(...) oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații (...) oferta și documentele care o însoțesc nu sunt semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat

de un furnizor de servicii de certificare acreditat”, criticile SC SRL privind modalitatea superficială de evaluare a ofertelor sale pentru loturile 5 și 6 fiind pe deplin justificate.

În ceea ce privește contestația formulată de SC SRL, Consiliul reține că acesta este nemulțumit atât de motivele pentru care a i-a respins autoritatea contractantă oferta depusă în cadrul lotului 2 cât și de modalitatea de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare pentru lotul 2, aparținând SC SRL.

Referitor la criticile SC SRL privind modalitatea de evaluare a propriei sale oferte, Consiliul reține că în cuprinsul contestației, SC SRL indică faptul că a luat cunoștință de motivele concrete pentru care i-a fost respinsă oferta din adresa autorității contractante nr. 31093/26.07.2021, înscris de al cărui conținut contestatorul a luat cunoștință în data 26.07.2021 potrivit propriilor susțineri.

Ulterior, SC SRL a luat cunoștință despre identitatea ofertantului declarat câștigător din raportul procedurii nr. 31756/29.07.2021.

Din formularea prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, rezultă fără putință de tăgadă faptul că potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze, înainte de toate, excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.

Nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege. Prin constatarea decăderii, dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

Excepțiile absolute (privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu din oficiu în orice moment al soluționării contestației.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează **atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare**”;*

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, *„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: a) 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, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”;

- art. 5 din Legea nr. 101/2016, *„Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) 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”.*

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că SC SRL a luat cunoștință de motivele pentru care i-a respins autoritatea contractantă oferta la data 26.07.2021, din adresa nr. 31093/ 26.07.2021.

Contestația nr. 388/09.08.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41394/09.08.2021 a fost transmisă de SC SRL către Consiliu prin corespondență electronică (e-mail) în data 09.08.2021.

Având în vedere prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și ținând cont de faptul că SC SRL a luat cunoștință de motivul respingerii ofertei la data 26.07.2021 (aspect subliniat chiar de către contestator în preambulul contestației), Consiliul reține că, termenul de 10 zile de depunere a contestației cu privire la modalitatea pretins nelegală de respingere a ofertei sale se îndeplinea în data de 05.08.2021 (zi lucrătoare), termen care era deja depășit la data 09.08.2021, când SC SRL a transmis contestația prin e-mail.

Faptul că ulterior, în data 29.07.2021 SC SRL a luat cunoștință de raportul procedurii nu este de natură să repună contestatorul în termenul de formulare a contestației deoarece informațiile cu privire la respingerea propriei sale oferte regăsite în raportul procedurii nr. 31756/29.07.2021 se regăsesc întocmai în adresa nr. 31093/ 26.07.2021. Prin urmare, singurul element suplimentar cu privire la oferta sa aflat de SC SRL din raportul procedurii este numărul de înregistrare alocat raportului de către autoritatea contractantă.

Mai mult, Consiliul constată că înscrisul „înștiințare” nr. 31093/26.07.2021 prin care a luat cunoștință contestatorul de motivul respingerii ofertei sale conține informațiile prevăzute la art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, fiind lipsit de orice relevanță faptul că respectivul înscris se intitulează „înștiințare” sau „comunicare a rezultatului procedurii”.

Rezultă astfel fără putință de tăgadă faptul că societatea contestatoare a ales să nu îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației cu privire la modalitatea de evaluare a propriei oferte, către CNSC, în termenul legal de contestare prevăzut la art. 8 din Legea nr.

101/2016; obligație stabilită în sarcina sa potrivit prevederilor art. 16 alin. (1) din legea antementionată, contestatorul neputând invoca în apărarea sa necunoașterea legii potrivit principiul de drept „*nemo ignorare legem censetur*”.

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile 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”, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ: „Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației”, Consiliul va respinge ca tardiv formulate criticile SC SRL cu privire la modalitatea de evaluare a propriei sale oferte.

În ceea ce privește criticile SC SRL privind modalitatea de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare pentru lotul 2, de a cărei identitate a aflat din raportul procedurii față de care contestația este formulată în termenul legal, Consiliul reține că acestea au ca obiect pretinsa nerespectare de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 motivat de faptul că pe numele ofertantului SC SRL ar fi fost emis documentul constatator nr. 655/09.02.2021 în care respectiva autoritate contractantă a menționat refuzul SC SRL de semnare a contractului de achiziție publică, faptă asimilată potrivit art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016 situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

În prezenta cauză, 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 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. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) **operatorul economic și-a încălcat** în mod grav sau repetat **obligațiile** principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”;*

- art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Fără a afecta prevederile art. 143 alin. (2), **refuzul nemotivat** al ofertantului declarat câștigător*

de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru **este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”;**

- art. 171 alin. (1), (2), (3), (3¹) 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. (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 (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 dreptului 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. g) 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 sancțiuni 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 antementionate.

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 **neexecutarea contractului** iar prevederile art. 144 alin. (1) din HG nr. 395/2016 asimilează acestor situații **refuzul nejustificat de semnare a contractului** de achiziție publică.

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”.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că societatea contestatoare a depus la dosarul cauzei, în anexa contestației, o copie a documentului constatator nr. 655/09.02.2021 înregistrat la DGASPC cu nr. 9166/09.02.2021 în care se menționează la punctul 4 „Refuzul ofertantului câștigător de a semna contractul: DA (...) motivul refuzului semnării contractului: imposibilitatea furnizării produselor prevăzute în contract” iar la punctul 9 „daune interese care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora): contravaloarea acestora se va stabili ulterior, prin diferența rezultată dintre prețul contractat și prețul de achiziție al materialelor sanitare de protecție recomandate pentru gestionarea crizei COVID-19 ce se vor achiziționa în perioada februarie-aprilie 2021”.

Totodată, Consiliul reține că în anexa cererii de intervenție, SC SRL a transmis la dosarul cauzei o altă variantă actualizată a certificatului anterior menționat (această variantă fiind cea disponibilă spre consultare publică pe SEAP la adresa internet www.e-licitatie.ro meniul „atribuiri de proceduri de achiziție” butonul „documente constat” prin accesarea codului AD1041331) în care se menționează la punctul 9 următoarele aspecte: „Autoritatea contractantă a stabilit daune interese în valoare de 466,84 lei, ca diferență între prețul de achiziție ulterior rezilierii contractului și prețul ofertat în cadrul procedurii. Plata daunelor interese s-a efectuat în contul DGASPC, agentul economic dând dovadă de bună-credință”.

Având a se pronunța potrivit principiului disponibilității strict cu privire la aspectele cu care a fost investit de societatea contestatoare respectiv cu decizia acesteia de a nu respinge oferta SC SRL pentru lotul 2 în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține drept pertinente susținerile autorității contractante din punctul de vedere potrivit căroră decizia de a nu respinge oferta a fost adoptată atât pe baza proporționalității după cum impun prevederile legislației comunitare anterior menționate având în vedere cuantumul redus al penalităților calculate cât și a dovezilor menționate în varianta actualizată a certificatului constatator cu privire la măsurile luate de acesta pentru a-și demonstra în concret credibilitatea.

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 trebuie să evalueze măsurile luate de raportat la prevederile art. 171 alin. (3), din Legea nr. 98/2016 ținând seama de natura abaterii, obiectul contractului care nu a fost încheiat, conjunctura/circumstanțele în care a survenit abaterea și quantumul compensațiilor pretinse, astfel cum a procedat în prezenta speță.

Consiliul nu va putea reține susținerile contestatorului privind pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal, pe care acesta o deduce din faptul că o altă ofertă respectiv oferta SC SRL ar fi fost respinsă datorită existenței unor documente constatatoare negative deoarece o simplă căutare în SEAP după numele operatorului economic anterior menționat relevă existența a 23 de documente constatatoare negative, cele două situații neputând fi considerate similare (captură de ecran după rezultatul verificării a fost atașat de către completul de soluționare dosarului cauzei, pag. 212 din Vol. 2).

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile contestatorului SC SRL privind oferta desemnată câștigătoare pentru lotul 2.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus iterate, , în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, va anula în parte raportul procedurii în ceea ce privește respingerea ofertei contestatorului SC SRL pentru loturile 5 și 6 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor acestuia pentru cele 2 loturi și desemnarea ofertelor câștigătoare cu respectarea documentației de atribuire, a

prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Totodată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, anulează în parte raportul procedurii în ceea ce privește respingerea ofertei contestatorului SC SRL pentru loturile 5 și 6 și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor acestuia pentru cele 2 loturi și desemnarea ofertelor câștigătoare cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în cadrul lotului 2, în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

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 6 (șase) exemplare originale, conține 21 (douăzecișiuna) pagini.