



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1523/18.06.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 24325/19.06.2020, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având CUI ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., formulată împotriva documentației de atribuire aferentă procedurii de licitație deschisă online, privind atribuirea acordului – cadru cu maximum 20 ofertanți având ca obiect "Soluție dezinfectantă pentru mâini, material de protecție pentru prevenirea răspândirii COVID - 19", organizată de către .. cu sediul în ... s-a solicitat, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire sau a aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă până la soluționarea contestației;
- obligarea autorității contractante la modificarea fișei de date și modelului de contract subsecvent aferente achiziției,
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată (onorariu avocat în sumă de 3.000 lei).

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

Prin contestația nr. 1523/18.06.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 24325/19.06.2020, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale fișei de date.

Contestatoarea, menționează că potrivit secțiunii III.1.9)-Legislația aplicabilă, din cadrul fișei de date, următoarele acte normative se aplică achiziției organizate de autoritatea contractantă:

- a) Legea privind achizițiile nr. 98/2016;
- b) Legea nr. 101/2016;
- c) www.anap.gov.ro
- d) 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, cu completările și modificările ulterioare;
- e) Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare;
- f) Ordinul nr. 1082 din 27 sept 2016, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achizițiile de produse biocide;

Potrivit ANEXEI nr. 1 lit.a) la OMS nr. 1082/2016, pentru dovedirea capacității economice și financiare de către operatorii economici ofertanți trebuie îndeplinită următoarea cerință minimală:

Cerință minimă de calificare: Media cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii 3 ani trebuie să fie cel puțin egală cu valoarea estimată a contractului/contractului subsecvent (fără TVA) x 2.	Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul cifrei de afaceri anuale globale pe ultimii 3 ani, corespunzător cerințelor autorității contractante. Următoarele documente justificative care probează îndeplinirea cerinței vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. - Bilanțuri contabile sau extrase de bilanț sau alte documente emise de organisme specializate care confirmă nivelul cifrei de afaceri înscris în DUAE. În cazul depunerii unei oferte comune, DUAE va fi completat de către fiecare operator economic în parte. Acordul de asociere, precum și documentele justificative vor fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul (în cazul asocierii de către fiecare operator economic care face parte din asociere) clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la
--	--

	finalizarea evaluării ofertelor. Documentele justificative pot fi prezentate în oricare din formele original/ copie legalizată/ copie certificată pentru conformitate cu originalul. Certificarea pentru conformitate se face de către reprezentantul legal/ împuternicit al operatorului economic prin înscrierea pe fiecare pagină a mențiunii "conform cu originalul", însoțită de semnătura persoanei respective. Documentele emise în alte limbi vor fi prezentate, însoțite de traduceri autorizate în limba română.
--	---

Fișa de date prezintă o altă cerință decât cea legală:

III.1.2) Capacitatea economică și financiară

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Loturile: 1, 2, 3

Specificați cifra de afaceri medie anuală

Cerința: Media cifrei de afaceri globală a ofertantului pe ultimii trei ani (2017, 2018, 2019) să fie cel puțin egală cu

Lot 1: 500.000 lei

Lot 2: 500.000 lei

Lot 3: 500.000 lei

Prevederile ANEXEI nr.1 lit. a) la OMS nr. 1082/2016 sunt obligatorii (în raport de prevederile art.2 și 3 ale ordinului).

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la respectarea prevederilor legale la care a aderat (OMS nr. 1082/2016) în sensul impunerii drept condiție minimală de dovedire a capacității economice și financiare (în raport de specificul achiziției - acord cadru): Media cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii 3 ani, egală cu (cel puțin) valoarea contractului subsecvent (fără TVA) x 2.

Contestatoarea menționează că valorile celor mai mari contracte subsecvente ale celor 3 loturi sunt;

- pentru lotul 1 - 500.000 lei; consecutiv, valoarea minimă a mediei cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii trei ani trebuie să fie de 1.000.000 lei;
- pentru lotul 2 - 510.000 lei; consecutiv, valoarea minimă a mediei cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii trei ani trebuie să fie de 1.020.000 lei;
- pentru lotul 3 - 500.000 lei; consecutiv, valoarea minimă a mediei cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii trei ani trebuie să fie de 1.000.000 lei.

2.1.2. Potrivit secțiunii IV.1.3 Informații privind un acord-cadru sau un sistem dinamic de achiziții:

IV.1.3 Informații privind un acord-cadru sau un sistem dinamic de achiziții:

Ofertele trebuie depuse pentru: Acord-cadru

Acord cu mai mulți operatori

Numărul maxim preconizat de participanți la acordul-cadru: 20

Contractele subsecvente se atribuie prin reluarea competiției: Da

Cu reluarea competiției în SEAP: Da

Reluarea competiției se realizează parțial Nu

Detaliere: -

Durata acordului cadru: 24 luni

Frecvența și valoarea contractelor ce vor fi atribuite: Cel puțin un contract la două luni / fiecare lot în parte sau ori de câte ori intervine o necesitate a vreuneia dintre autoritățile contractante care compun asocierea care derulează prezenta procedură de atribuire.

Reluarea competiției se va face pe baza criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, prin depunerea de oferte la sediul autorității contractante, conform informațiilor comunicate la nivelul invitației de depunere oferte în cadrul procesului de reofertare.

De asemenea, potrivit secțiunii VI.3 Informații suplimentare:

Atribuirea Contractelor Subsecvente se va face pe baza criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, prin depunerea de oferte la sediul autorității contractante, conform informațiilor comunicate la nivelul invitației de depunere oferte în cadrul procesului de reofertare.

Rezultă că autoritatea contractantă dorește să organizeze o procedură de reluare a competiției pentru atribuirea fiecărui contract subsecvent.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 118 din Legea nr. 98/2016.

În speța de față, acordul-cadru, așa cum ar rezulta din competiția bazată pe documentația de atribuire existentă, stabilește toți termenii și condițiile care reglementează furnizarea dezinfectantului (modelul de acord cadru propus de autoritatea contractantă, îndeosebi art. 4, 6, 7, 8, 9, 10.1, 11):

a) - cantitățile de livrat

Există estimări ale autorității contractante atât la nivelul întregului acord cadru, cât și la nivelul fiecărui contract subsecvent, estimat între un nivel minim și maxim.

Pentru lotul 1:

Estimări ale cantităților minime și maxime ce pot face obiectul acordului-cadru/contractului subsecvent:

- *Acordul-cadru: min 150.000 și max 600.000 flacoane a câte 50 ml*

- *Contractul subsecvent: min 25.000 și max 50.000 flacoane a câte 50 ml*

Valoarea celui mai mare contract subsecvent: = 500.000 lei

Modificarea acordului-cadru/contractului subsecvent de achiziție publică, în cursul perioadei sale de valabilitate, se face în condițiile

prevăzute la art. 221 din Legea nr. 98/2016 și al prevederilor din cadrul Instrucțiunilor ANAP.

Valoarea estimată fără TVA : 6000000; Moneda: RON

Pentru lotul 2:

Estimări ale cantităților minime și maxime ce pot face obiectul acordului-cadru/contractului subsecvent:

- Acordul-cadru: min 50.000 și max 200.000 flacoane a câte 1 litru
- Contractul subsecvent: min 3.000 și max 6.000 flacoane a câte 1

litru;

Valoarea celui mai mare contract subsecvent: 510.000 lei.

Modificarea acordului-cadru/contractului subsecvent de achiziție publică, în cursul perioadei sale de valabilitate, se face în condițiile prevăzute la art. 221 din Legea nr. 98/2016 și al prevederilor din cadrul Instrucțiunilor ANAP.

Valoarea estimată fără TVA : 17000000;

Moneda: RON

Pentru lotul 3:

Estimări ale cantităților minime și maxime ce pot face obiectul acordului-cadru/contractului subsecvent:

- Acordul-cadru: min 50.000 și max 200.000 flacoane a câte 1 litru
- Contractul subsecvent: min 3.000 și max 5.000 flacoane a câte 1

Litru

Valoarea celui mai mare contract subsecvent: 500.000 lei

Modificarea acordului-cadru/contractului subsecvent de achiziție publică, în cursul perioadei sale de valabilitate, se face în condițiile prevăzute la art. 221 din Legea nr. 98/2016 și al prevederilor din cadrul Instrucțiunilor ANAP. Valoarea estimată fără TVA : 20000000;

Moneda: RON

b) - prețul produselor loturilor 1, 2 și 3.

Prețul se va stabili în cursul competiției prin compararea ofertelor, aplicându-se criteriul prețul cel mai scăzut în raport de prevederile fișei de date pct. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare:

Lot 1: în funcție de prețul unui recipient/flacon de 50 ml de soluție

Lot 2: în funcție de prețul unui recipient/flacon de 1 litru de soluție.

Lot 3: în funcție de prețul unui recipient/flacon de 1 litru de soluție.

Prețul va putea fi ajustat conform prevederilor secțiunii II.3 Ajustarea prețului contractului.

Astfel, contestatoarea apreciază că nu este legală impunerea reluării competiției și solicită obligarea autorității contractante la înlăturarea acestei prevederi a fișei de date, precum și a prevederilor art. 10.2 și 10.3, precum și art. 12.1 din modelul acordului cadru propus de autoritatea contractantă.

Contestatoarea subliniază că însăși autoritatea contractantă, prin prevederea inserată, repetitiv la fiecare lot al achiziției - *Modificarea acordului-cadru/contractului subsecvent de achiziție publică, în cursul perioadei sale de valabilitate, se face în condițiile prevăzute la art. 221 din Legea nr. 98/2016 și al prevederilor din cadrul Instrucțiunilor ANAP*, exclude de fapt orice modificare a condițiilor deja stabilite în urma

procedurii de atribuire (modificarea ținând prețul de achiziție prin reluarea competiției între câștigătorii declarați ai procedurilor de atribuire).

De asemenea, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea duratei termenului de plată de la maximum 60 zile de la recepția produselor livrate, la maximum 30 zile de la aceeași dată.

Potrivit pct. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, din fișa de date - *Termen de plată: max. 60 de zile de la semnarea procesului-verbal de recepție a produselor, pe baza facturii în original, prin ordin de plată; plata se va face prin contul de Trezorerie al ofertantului.*

Asemenea prevedere vine în conflict cu norma obligatorie prevăzută de art. 6 (1) din Legea nr. 72/2013 (autoritatea contractantă nu este o autoritate contractantă ce poate fi încadrată între cele prevăzute la alin.(4) - „*instituțiile publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate*” - și, deci, nu poate beneficia de dispoziția respectivă, stabilind un termen maxim de plată de 60 zile).

De altfel, art. 13.3 MODEL ACORD CADRU stabilește acest termen maxim de plată de 30 zile (dar nu de la data recepției, așa cum prevede textul legal invocat mai sus); la fel și art. 10.3 (1) MODEL CONTRACT SUBSECVENT.

În ceea ce privește modelul de contract subsecvent, contestatoarea apreciază că acesta este vădit în afara textului (obligatoriu) stabilit prin ANEXA nr. 4 la OMS nr. 1082/2016.

Deosebit de vătămătoare pentru ofertant sunt prevederile din articolele următoare ale contractului:

„11.3 - Nerespectarea obligațiilor asumate prin prezentul contract de către una dintre părți, în mod culpabil, dă dreptul părții lezate de a considera contractul reziliat de drept/de a cere rezilierea contractului și de a pretinde plata de daune-interese.”

În redactarea legală, prevederile art. 11.3 sunt cu totul altele:

„11.3. Achizitorul își rezervă dreptul de a renunța la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nicio compensație, dacă acesta din urmă intră în insolvență, cu condiția ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului.”

Și nicăieri altundeva în cuprinsul textului legal nu există clauza creată de autoritatea contractantă

„11.4- Pact comisoriu expres de ultim grad

(1) În caz de neexecutare sau executare necorespunzătoare a obligațiilor contractuale de către furnizor, achizitorul are dreptul de a considera contractul desființat de plin drept, fără judecată, fără a mai fi necesară punerea în întârziere și fără orice altă formalitate prealabilă. Prin urmare, rezilierea intervine de drept, de îndată ce a expirat termenul de executare, fără a mai fi necesară notificarea acestuia de către achizitor.

(2) În situațiile menționate la alin. (1), furnizorul datorează daune compensatorii, care se determină astfel:

a) pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, furnizorul are obligația de a plăti achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 25% din valoarea, fără TVA, aferentă produselor comandate;

b) în cazul în care furnizarea este numai parțială și este corespunzătoare, daunele reprezintă 25% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract și nefurnizate, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea. Dacă nu se poate stabili proporția produselor nefurnizate, furnizorul datorează achizitorului daune compensatorii în cuantum de 10% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract.

c) în cazul în care furnizarea este parțială și totodată necorespunzătoare, furnizorul datorează achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 20% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea.

(3) Furnizorul datorează achizitorului daunele prevăzute la alin. (2), lit. a) - c), după caz, și în cazul în care, la împlinirea termenelor prevăzute la art. 5, se constată nefurnizarea produselor ce fac obiectul prezentului contract.

11.5 - Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nicio compensație, cu condiția ca această denunțare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului".

Autoritatea contractantă a transmis în copie dosarul achiziției anexat punctului de vedere nr. 40365/23.06.2020 cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă menționează că într-un mod lipsit de justificarea oricărui interes personal, operatorul economic contestar, critică nivelul valoric diminuat, solicitat în dovedirea cerinței privind situația economică și financiară.

La nivelul fișei de date a achiziției, cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară, s-a stabilit următoarea cerință:

Media cifrei de afaceri globală a ofertantului pe ultimii trei ani (2017, 2018, 2019) să fie cel puțin egală cu Lot 1: 500.000 lei, Lot 2: 500.000 lei, Lot 3: 500.000 lei.

Contestatorul a considerat că nivelul valoric impus este unul diminuat, în raport de dispozițiile Ordinului comun emis de Ministerul Sănătății și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide nr. 1.082/731/2016, nivelul valoric trebuind să fie dublu în raport de dispozițiile Ordinului învedereat și raportat la valoarea estimată

a celui mai mare contract subsecvent de achiziție publică, pentru fiecare lot.

Cerința criticată a făcut obiectul avizului conform condiționat nr. 6187/4557/03.06.2020, în sensul constatării ca aspect de regularitate, organismul de control ex ante, în speță, Agenția Națională pentru Achiziții Publice, apreciind cerința în forma publicată și criticată ca fiind legală, și observația față de acest aspect preluată.

Având ca temei prevederile art. 175 alin. (2), lit. a) *"(2) Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de autoritatea contractantă pot viza elemente cum ar fi: a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru; cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici nu trebuie să depășească de două ori valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp sau, dacă aceasta nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent"*, autoritatea contractantă a formulat cerința în modalitatea criticată, raportat la prevederile tezei a doua din textul invocat, neanticipând contracte subsecvente care urmează a fi derulate în același timp, stabilind pentru nivelul minim al cifrei de afaceri anuale aferentă ultimilor 3 ani, o valoare obiectivă raportată la complexitatea și valoarea estimată, fără să depășească valoarea celui mai mare contract subsecvent de achiziție publică, astfel cum imperativ dispune textul de lege.

Prin stabilirea unei astfel de cerințe minime de performanță economico-financiară, autoritatea contractantă dorește să asigure un grad înalt de profesionalism prin selectarea unor operatori economici cu capacitate financiară relevantă raportată strict la necesitățile acesteia, păstrând principiul proportionalității, cu încadrearea în textul de lege.

Autoritatea contractantă a apreciat că, chiar dacă, la nivelul Ordinului 1082 care este emis în anul 2016 se menționează că nivelul impus pentru cifra de afaceri să fie raportată la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent x 2, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016 (așa cum a fost modificată) valoarea cifrei de afaceri în cazul acordului-cadru se raportează la valoarea celui mai mare contract subsecvent, astfel cum se menționează la art. 175 alin. (2), lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, raportat la aceste considerente, devine evident nu numai faptul că autoritatea contractantă nu a încălcat normele legale care reglementează situația de fapt dedusă judecății, ci mai mult a respectat normele care reglementează situația criticată, acordând prevalență actelor normative cu forță juridică superioară.

Față de acest aspect, criteriul de verificare a legalității cerințelor din documentația contestată este legea, și nu opiniile contestarului sau ale autorității. (Decizia nr. ... din data de 11 aprilie 2017 pronunțată de Secția de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect anulare act administrativ).

În ceea ce privește conținutul Ordinului comun emis de Ministerul Sănătății și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de

produse biocide nr. 1.082/731/2016, în temeiul căruia contestatarul formulează critici prin prezenta contestație, prin raportare la dispozițiile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale H.G. nr. 395/2016 este de remarcat că acesta privește aprobarea unui model de documentație, în înțelesul limbii române, (model = ceea ce poate servi ca orientare pentru reproducere sau imitații; tipar), nicăieri în cuprinsul actului neregăsindu-se obligația de preluare mot a mot a conținutului acestui ordin, o asemenea abordare fiind nu numai imposibilă, dar și absurdă, prin raportare la caracterul evident depășit și contradictoriu al acestuia față de derularea procedurilor de achiziții în prezent.

Mai mult, actele normative emise de administrația publică centrală (ordine și instrucțiuni) se emit numai pe baza și în executarea legilor, a hotărârilor și a ordonanțelor Guvernului. Statul de drept presupune ca actul administrativ normativ, în speță Ordinul, să fie conform legii și, în consecință, actul administrativ normativ nu poate fi adoptat decât în temeiul unei dispoziții legale. Fiind subsecvent legii, acesta nu poate interveni decât dacă organizează aplicarea unei legi. Pe de altă parte, actul administrativ normativ nu poate să adauge norme juridice contrare legii, orice act administrativ care reglementează primar, și nu subsidiar legii, trebuind înlăturat din ordinea juridică.

Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că un act administrativ se verifică - din perspectiva legalității - prin raportare la actele normative cu forță juridică superioară în temeiul și în executarea cărora a fost emis, potrivit unei practici judecătorești consolidate, avându-se în vedere, desigur, principiul ierarhiei și forței juridice a actelor normative.

Principiul legalității este unul dintre fundamentele administrației publice, căruia trebuie să i se subordoneze organizarea și funcționarea tuturor autorităților administrației publice.

Respectarea acestui principiu de către administrație presupune supunerea acesteia ierarhiei normelor juridice.

Art. 4 alin. (3) din Legea nr. 24/2001 prevede că actele normative date în executarea legilor, ordonanțelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele și potrivit normelor care le ordonă. Legalitatea actului administrativ normativ în statul de drept prevede faptul că actele acestor autorități sunt subordonate actelor legislative, hotărârilor și ordonanțelor Guvernului, precum și altor acte de nivel superior. Actele administrative normative se constituie și ele într-o anumită ierarhie, beneficiind de o forță juridică diferită.

În mod cert, din perspectiva subiectului de drept, toate actele normative sunt obligatorii, toate normele juridice, indiferent de sursa lor, sunt obligatorii, au forță de drept, toate fiind aduse, când este nevoie, la îndeplinire prin forța coercitivă a statului. Pe de altă parte, actele administrative normative trebuie să fie conforme, în ceea ce privește conținutul lor, cu norma juridică superioară. Acest raport de conformare nu trebuie să privească doar dispoziția legală în temeiul căreia actul a fost adoptat, ci întregul sistem legislativ, privit în ansamblu.

Prin urmare, chiar dacă actul din punct de vedere formal este valid, conținutul său material trebuie să fie edictat astfel încât să producă efecte juridice care nu încalcă ordinea de drept. Validitatea și conformitatea

normelor administrative cu norma legală superioară trebuie privită în dublu sens. În ordinea juridică nu pot exista acte administrative legale ca formă, dar care să fie contrare actelor legislative, și nici acte administrative informale, oricât de justificate și bine intenționate ar fi reglementările stabilite de administrația publică.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă solicită respingerea criticii, atât prin prisma lipsei de motivare, în ceea ce privește caracterul vătămător al criticilor în discuție, nivelul scăzut al valorii impuse pentru îndeplinirea cerinței permițând accesul nerestricționat la procedura de achiziție publică, cât și prin prisma lipsei/nedovedirii interesului personal al contestatoarei, nefiind permisă promovarea unui interes general de respectare a legii, sens în care sarcina probei revine celui care a inițiat demersul, contestatorului în prezenta cauză.

Din cuprinsul contestației, contestatorul pare deranjat de participarea nerestricționată la procedura de achiziție, permisă de nivelul diminuat al cifrei de afaceri impuse la nivelul cerinței, fapt ce excede obligației de promovare a contestației strict în apărarea unui interes legitim.

De asemenea, contestatarul formulează critici împotriva documentației postate în SEAP, în ceea ce privește atribuirea contractelor subsecvente prin reluarea competiției, fără a fi clar care sunt pretențiile acestuia față de această critică. Astfel critica este una strict de nelegalitate, fără a fi clar din motivele prezentate, care este interesul urmărit de contestator prin promovare demersului său. Având în vedere respectivele critici, raportat la cerințele documentației de atribuire și la prevederile legale, în vigoare, din domeniul achizițiilor publice, legislația în vigoare nu prevede dreptul operatorilor economici de a impune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că aceasta este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a făcut demersuri în acest sens.

Autoritatea contractantă apreciază critica vizând modalitatea de atribuire a contractelor subsecvente prin reluarea competiției, prevăzută în documentația de atribuire, ca fiind nefondată.

În fișa de date a achiziției, la pct. II.1.4 Informații privind acordul-cadru: Contractele subsecvente urmează să se atribuiască prin reluarea competiției: DA; Cu reluarea competiției în SEAP: DA; Acord cadru cu maximum 20 operatori economici, iar, informațiile menționate se regăsesc și în Strategia de contractare, întocmită de Direcția de Dezvoltare, Serviciul Achiziții Publice, în baza documentelor inițiatore elaborate de către compartimente/structuri specializate, în temeiul dispozițiilor Legii nr. 98/2016 și HG nr.395/2016.

Autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 20 alin. (8) din HG nr. 395/2016: Pe lângă informațiile prevăzute la alin. (3), în cazul acordului-cadru, fișa de date a achiziției trebuie să conțină și un set minim de informații specifice referitoare la: (...) b) opțiunea de a atribui contractele subsecvente încheierii acordului cadru cu/fără reluarea

competiției, în cazul în care acordul-cadru urmează să fie încheiat cu mai mulți operatori economici.

Astfel, modalitatea de atribuire a contractelor subsecvente pe perioada acordului-cadru a fost stabilită prin reluarea competiției între promitenții prestatori semnatori ai acordului-cadru, ca fiind o modalitate de natură să asigure angajarea livrării produselor, în mod obiectiv, și în condiții de eficiență a prețului, neexistând niciun motiv pentru care să se considere că această modalitate permisă de lege și anunțată, în mod transparent, în cadrul procedurii ar putea să aducă atingere intereselor operatorilor economici privind participarea la procedură, contestația nedetaliind interesul personal și direct, și pretențiile concrete față de critica privind reluarea competiției.

Mai mult, la nivelul actului normativ, al cărui caracter imperativ obligatoriu este susținut de contestar, la cap. II. 1.4) Informații privind acordul-cadru (după caz): se regăsește următoarea NOTĂ: în cazul în care autoritatea contractantă finalizează procedura de achiziție prin încheierea unui acord-cadru, recomandarea este ca acesta să fie încheiat cu toți operatorii economici care au depus oferte admisibile și cu posibilitatea de reluare a competiției între aceștia.

Făță de critica, *Termen de plată: max. 60 de zile de la semnarea procesului-verbal de recepție a produselor pe baza facturii în original, prin ordin de plată; plata se va face prin contul de Trezorerie al ofertantului*, autoritatea contractantă solicită să se constate inadmisibilitatea acestei critici, prin raportare la competența stabilită de legiutor în sarcina Consiliului.

Art. 1 alin. (3) din Legea 101/2016, prevede că *Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor; care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor*. Față de acest cadru legal stabilit în sarcina Consiliului, critica excede dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, fiind vorba strict de o critică ce ține exclusiv de derularea contractului, nu de atribuire acestuia.

Nici termenul de plată și nici actul învederat nu pot fi încadrate în sfera respectării dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, nefiind subsumate acestei impunerii.

În mod evident, fiind vorba de o inadvertență la nivelul documentelor achiziției, autoritatea contractantă, prin raportare la clauzele din modelul de contract subsecvent publicat va clarifica propria documentație prin postarea unei clarificări din oficiu, în cadrul căreia va pune în concordanță prevederile din fișa de date cu informațiile din celelalte documente, urmând a aduce la cunoștința operatorilor interesați și Consiliului acest aspect prin postarea în SEAP.

Referitor la critica privind clauzele publicate la nivelul draftului de contract subsecvent publicat în afara textului stabilit prin ANEXA nr. 4 la OMS nr. 1082/2016, considerente față de care operatorul economic contestar reține „derapajele” autorității contractante, nu pot fi considerate motive de natură să conducă la admiterea acestora și modificarea documentației de atribuire.

În primul rând la nivelul actului învedereat de contestar OMS nr. 1082/2016, nu există o prevedere expresă care să oblige autoritatea contractanta la preluarea mot a mot a clauzelor contractuale, ori, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Pe de altă parte, în cuprinsul actului, nu există un draft de acord cadru și contract subsecvent care să poată fi preluat astfel cum susține contestatorul.

Draftul de acord cadru și contract subsecvent publicate au fost întocmite de autoritatea contractantă pe baza principiului asumării răspunderii, autoritatea fiind cea direct răspunzătoare de cheltuirea eficientă a fondurilor publice.

Față de aspectele învederate, operatorul economic a formulat o contestație motivată în exclusivitate pe generalități, fără prezentarea vreunui argument concret care să vizeze, aspectele criticate prin prisma interesului său personal și direct.

Pentru o cercetare judicioasă a interesului în formularea contestației, acesta nu trebuie limitat la anumite afirmații ale părților, îndoiala sau presupunerile contestatoarei nu reprezintă motive de fapt și de drept în sensul art. 10 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

După cum s-a evocat mai sus, art. 1169 C. civ. și art. 249 C. proc. civ. impun părți (contestatoarei, în speță) să își dovedească judicios afirmațiile, ceea ce nu s-a întâmplat.

Pentru aceste considerente, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și continuarea procedurii de achiziție.

Prin adresa nr. 1574/25.06.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 25408/26.06.2020, SC ... SRL formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Cu privire la interesul în promovarea contestației, SC ... SRL invocă faptul că unele complete ale Consiliului, inclusiv Completul 4, au susținut teza conform căreia aceasta nu a dovedit un prejudiciu, respectiv un interes personal în criticarea uneia sau alteia dintre prevederile documentației de atribuire a achiziției, teză ce a fost răsturnată de către instanțele de judecată sesizate cu plângeri formulate împotriva deciziilor respective.

Întrucât Completul 4 s-a mai pronunțat în asemenea chestiune, conform celor susținute de către contestatoare, aceasta din urmă solicită abținerea de la judecarea prezentei cauze.

În opinia contestatoarei, poziția autorității contractante este lipsită de temeinicia legală oferită de caracterul special al Legii nr.101/2016 (în raport de dreptul comun – Legea nr.554/2004 și Legea nr.134/2010). Interesul său este de a participa la o procedură organizată în mod legal, conform principiilor prevăzute de art.2 alin. (2) din Legea nr.98/2016.

Contestatoarea susține că nu este nevoie să demonstreze niciun prejudiciu:

- deoarece potrivit dreptului comun, în materie de răspundere civilă delictuală, simpla încălcare a legii (indiferent de forța normativă a acesteia) semnifică savârșirea unui delict civil și atrage răspunderea celui

ce l-a săvârșit (iar întocmirea unei documentații de atribuire cu încălcarea legii este un asemenea delict civil) - art.1349 c.civ.;

- apoi pentru că, potrivit art.8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, este suficientă percepția subiectivă a vătămării pentru a se putea iniția contestația pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, (acestea urmând a constitui obiect al dezbaterii și analizei C.N.S.C., prin prisma criticilor formulate).

Autoritatea contractantă se consideră în drept a încălca prevederile referitoare la cerința de capacitate economică și financiară din formularul prevăzut în ANEXA nr. 1 lit. a) la OMS nr. 1082/2016 cu următoarea explicație:

Autoritatea contractantă a apreciat că, chiar dacă, la nivelul Ordinului 1082 care este emis în anul 2016 se menționează că nivelul impus pentru cifra de afaceri să fie raportată la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent x 2, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016 (așa cum a fost modificată) valoarea cifrei de afaceri în cazul acordului-cadru se raportează la valoarea celui mai mare contract subsecvent, astfel cum se menționează la art. 175 alin. (2), lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă recunoaște existența obligației impusă de prevederile OMS nr. 1082/2016, dar pretinde că nu dorește să o aplice, apreciind că sunt aplicabile prevederile art. 175 (2) lit.a) din Legea nr. 98/2016, „valoarea cifrei de afaceri în cazul acordului-cadru se raportează la valoarea celui mai mare contract subsecvent”,

DAR, OMS nr. 1082/2016 a fost emis în organizarea aplicării Legii nr. 98/2016 la specificul achiziției de dezinfectanți produse biocide:

"având în vedere prevederile:

- *Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice;*
- *Hotărârii Guvernului 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, luând în considerare:*

- *necesitatea standardizării documentației aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică de substanțe biocide derulate de către unitățile sanitare;*

- *prevenirea apariției erorilor în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publice de substanțe biocide;*

- *necesitatea fluidizării și perfecționării procesului de achiziție publică prin prevenirea întârzierilor în inițierea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică;*

- *necesitatea optimizării activității de elaborare a documentațiilor de atribuire, prin responsabilizarea autorităților contractante în legătură cu conținutul acestora, în temeiul prevederilor art. 7 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 144/2010 privind organizarea și funcționarea Ministerului Sănătății, cu modificările și completările ulterioare, și ale art. 4 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 13/2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, aprobată prin Legea nr. 244/2015, cu completările ulterioare”.*

Dispozițiile din ANEXA nr. 1 lit. a) la OMS nr. 1082/2016, referitoare la capacitatea economică și financiară nu contravin prevederilor art. 175 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016 (în organizarea aplicării căreia a fost emis ordinul):

"a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului- cadru; cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici nu trebuie să depășească de două ori valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp sau, dacă aceasta nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent"- lectura corectă, în opinia contestatoarei, fiind „... cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici nu trebuie să depășească de două ori valoarea estimată (...) a celui mai mare contract subsecvent”; asemenea limitare legală este respectată de prevederea din ANEXA nr.1 lit.a) la OMS nr. 1082/2016 („cel puțin egală cu valoarea estimată a contractului/ contractului subsecvent (fără TVA) x 2”).

Forța obligatorie a OMS nr. 1082/2016, cu anexele sale, este stabilită prin art.1 - 3 ale ordinului:

"ART. 1

Se aprobă modelul de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide, cuprinzând Fișa de date, DUAE, Specificații tehnice și Modelul de contract, prevăzute în anexele nr. 1a), 1b), 1c), 2, 3 și 4 la prezentul ordin.

ART. 2

Autoritățile contractante care demarează proceduri de atribuire în vederea achiziționării de substanțe biocide prevăzute în prezentul ordin au obligația utilizării acestei documentații începând cu data prezentului ordin, prin transmiterea ei în Sistemul electronic de achiziții publice în vederea inițierii procedurii de atribuire.

ART. 3

Anexele fac parte integrantă din prezentul ordin”.

Contestatoarea susține că diverse instanțe de judecată s-au pronunțat asupra caracterului obligatoriu al ANEXEI nr.1 lit.a) la OMS nr. 1082/2016 (respectiv că autoritățile contractante nu au dreptul de "apreciere" asupra gradului de conformare la prevederile sale), respectiv Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a Civilă, de contencios administrativ și fiscal în dosarul 68/43/2019, precum și Curtea de Apel Iași, Secția Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul 65/45/2020.

Autoritatea contractantă deși s-a obligat, prin publicarea avizului conform condiționat ANAP nr. 6187/4557/03.06.2020 să-i respecte prevederile, nici în acest caz, nici în altele, nu s-a conformat acestuia.

În această chestiune, ANAP a dispus „6. În fapt: Autoritatea contractantă nu a completat cerința privind Capacitatea economică și financiară, așa cum este menționat în Ordinul nr. 1082/731/2016

Măsura de remediere: FDA III. 1.2) Capacitatea economică și financiară. Având în vedere Ordinul 1082/731/2016 completați cerința privind cifra de afaceri în conformitate cu prevederile ordinului, (...)

Privind obligarea sa la respectarea prevederilor Legii nr.72/2013 în ce privește termenul maximal de plata a produselor achiziționate, autoritatea contractantă ridică mai întâi excepția de inadmisibilitate a acestei cereri (privește o fază ulterioară celei de atribuire, care este supusă jurisdicției Consiliului, anume cea de executare a acordului cadru). Dar, nerespectarea prevederilor Legii nr. 72/2013 apare tocmai în corpul fișei de date a achiziției (parte a documentației de atribuire) - secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare (*"Termen de plată: max. 60 de zile de la semnarea procesului-verbal de recepție a produselor, pe baza facturii în original, prin ordin de plată; plata se va face prin contul de Trezorerie al ofertantului"*).

În final, refuzând să recunoască că a greșit, autoritatea contractantă se angajează ca, "din oficiu", să remedieze această "neconcordanță".

Privind nelegalitatea contractului subsecvent propus operatorilor economici spre semnare, autoritatea contractantă mai întâi contestă obligativitatea modelului stabilit pentru acest contract prin ANEXA nr.4 la OMS nr. 1082/2016.

Autoritatea contractantă nu a arătat, susținând că modelul oferit de ANEXA nr. 4 este doar unul orientativ, de ce nu a dorit să-l urmeze, mai precis ce anume condiții speciale au determinat-o să se îndeparteze atât de mult de textul modelului.

Atunci când sunt încălcate dispoziții ale legii, cel care le încalcă trebuie să furnizeze un bun motiv.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, privind atribuirea acordului – cadru având ca obiect "Soluție dezinfectantă pentru mâini, material de protecție pentru prevenirea răspândirii COVID -19". În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 43.000.000 lei.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, a formulat contestație SC ... SRL, solicitând obligarea autorității contractante la modificarea modelului fișei de date și a contractului subsecvent.

După depunerea contestației, societatea contestatoare a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 60.400 lei, prin recipisa de consemnare nr. 206334984/1/19.06.2020, emisă de CEC Bank.

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Cu caracter preliminar soluționării cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă solicită respingerea criticilor formulate de contestatoare atât prin prisma lipsei de motivare, în ceea ce privește caracterul vătămător al criticilor în discuție, nivelul scăzut al valorii impuse pentru îndeplinirea cerinței permițând accesul nerestricționat la procedura de achiziție publică, cât și prin prisma lipsei/nedovedirii interesului personal al contestatoarei, nefiind permisă promovarea unui interes

general de respectare a legii, sens în care sarcina probei revine celui care a inițiat demersul, contestatorului în prezenta cauză.

În concluziile scrise depuse de contestatoare ca urmare a punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, înregistrate cu nr. 1574/25.06.2020, aceasta solicită, întrucât Completul 4 s-a mai pronunțat în asemenea chestiune, respectiv interesul în promovarea contestației, abținerea de la judecarea prezentei cauze.

Consiliul va respinge respectiva solicitare ca inadmisibilă.

Astfel, în motivarea inadmisibilității solicitării de abținere, Consiliul reține că societatea contestatoare nu a formulat cerere de recuzare, ci solicită completului să se abțină, or abținerea este reglementată riguros de dispozițiile art. 47 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „Membrii Consiliului nu au dreptul de a participa la soluționarea unei contestații dacă se află în una dintre situațiile prevăzute mai jos, sub sancțiunea nulității deciziei pronunțate: c) dacă s-au pronunțat public **în legătură cu contestația** pe care o soluționează.” Deci, legislația specifică nu condiționează obligația de abținere de pronunțarea unei soluții într-o altă speță, ci pronunțarea publică în legătură cu contestația pe rol, situație care nu se întâlnește în cauză. Abținerea în situații nereglementate de lege, doar pentru simplul motiv că societatea contestatoare nu este mulțumită de deciziile anterioare ale completului, echivalează cu o sustragere de la îndeplinirea sarcinilor de serviciu, respectiv alegerea cauzelor în care trebuie să se pronunțe, aspect ce influențează direct principiul distribuirii aleatorii a dosarelor în cadrul Consiliului.

În acest sens sunt și dispozițiile art. 43 din Codul de procedură civilă, potrivit căruia „(1) Înainte de primul termen de judecată greșierul de ședință va verifica, pe baza dosarului cauzei, dacă judecătorul acesteia se află în vreunul dintre cazurile de incompatibilitate prevăzute la [art. 41](#) și, când este cazul, va întocmi un referat corespunzător.

(2) Judecătorul care știe că există un motiv de incompatibilitate în privința sa este obligat să se abțină de la judecarea pricinii”.

Astfel, din moment ce societatea contestatoare nu a înțeles să formuleze o cerere de recuzare, din conținutul înscrisului depus nerezultând acest lucru, neexistând menționate nici motive de fapt, nici de drept, după cum nici cererea de abținere nu este motivată în fapt și în drept, solicitarea respectivă în sarcina completului este inadmisibilă, doar membrii săi având această posibilitate oferită de lege.

În legătură cu interesul contestatoarei în promovarea demersului său, Consiliul se va pronunța la momentul soluționării fiecărei critici în parte.

Pe fondul contestației, contestatoarea solicită modificarea documentației de atribuire, respectiv a fișei de date și a modelului de contract subsecvent, în concordanță cu prevederile Ordinului nr. 1082 din 27 sept 2016, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achizițiile de produse biocide.

Înainte de a trece la analiza fiecărei critici, Consiliul reține că autoritatea contractantă organizatoare a procedurii de atribuire nu este unitate sanitară, ci autoritate publică locală, dezinfectanții de uz comun ce urmărește să îi achiziționeze având caracter de material sanitar pentru

protecția împotriva COVID 19, pentru instituțiile subordonate. Prin urmare, Ordinul la care dorește contestatoarea să alinieze documentația de atribuire poate avea, cel mult, caracter de recomandare pentru autoritatea contractantă, și nu caracter obligatoriu. În acest sens, sunt relevante următoarele dispoziții din Ordinul nr. 1082/2016:

- „luând în considerare necesitatea standardizării documentației aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică de substanțe biocide derulate **de către unitățile sanitare**”

- „Dezinfecția **în unitățile sanitare**, în conformitate cu Ordinul ministrului sănătății nr. [961/2016](#) pentru aprobarea [Normelor tehnice](#) privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare publice și private, tehnicii de lucru și interpretare pentru testele de evaluare a eficienței procedurii de curățenie și dezinfecție, **procedurilor recomandate pentru dezinfecția mâinilor, în funcție de nivelul de risc, metodelor de aplicare a dezinfectantelor chimice în funcție de suportul care urmează să fie tratat și a metodelor de evaluare a derulării și eficienței procesului de sterilizare, cu modificările ulterioare, se poate clasifica în funcție de nivelul corespunzător suprafețelor critice, semicritice și noncritice sau de instrumentarul medical unde se aplică produsele biocide sau dispozitivele medicale:**”

- „Acele criterii au caracter de recomandare **menite să sprijine activitatea epidemiologului de spital în selectarea produselor biocide de dezinfecție adecvate situației specifice a unităților sanitare**, în conformitate cu Planul de supraveghere a infecțiilor nosocomiale (circulația germenilor, etiologia infecțiilor nosocomiale etc.) și se aplică în funcție de nivelul de dezinfecție necesar suprafețelor din unitățile sanitare critice sau noncritice și nivelul de dezinfecție indicat acestora...”.

Astfel, alegând să menționeze în cuprinsul fișei de date a achiziției ca fiind aplicabil Ordinul nr. 1082/2016, acest lucru nu echivalează cu transformarea autorității contractante în destinatar al acestui ordin, urmând să îl aplice *tale quale*, ci autoritatea contractantă are posibilitatea să facă o aplicare *mutatis mutandis*, adaptându-i prevederile specificului și nevoilor sale. Spre exemplificare și ilustrare, dacă un operator privat alege să achiziționeze bunuri, servicii și lucrări potrivit regulilor stabilite de Legea nr. 98/2016, nu înseamnă că el devine obligatoriu autoritate contractantă și că este obligat să aplice întocmai toate prevederile legii respective. Astfel, acesta poate să își stabilească termene mai scurte, proceduri proprii de rezolvare a litigiilor, praguri valorice mai mari sau mai mici, aplicarea legii respective fiind facultativă, din moment ce nu îi este destinat.

În cauză, autoritatea contractantă a ales să adapteze documentația de atribuire emisă ca model pentru unități sanitare, de principiu, neexistând interdicții legale în acest sens. Prevederile Ordinului nr. 1082/2016 nu sunt obligatorii pentru autoritatea contractantă, din moment ce nu este unitate medicală, fiind aplicabile dispozițiile comune, respectiv art. 9 din HG nr. 395/2016 referitoare la planificarea achiziției,

fiind dreptul și obligația sa de a-și adapta achiziția potrivit necesităților sale.

Pe de altă parte, sunt relevante susținerile autorității contractante potrivit căreia Ordinul comun emis de Ministerul Sănătății și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, pentru aprobarea modelului de documentație de atribuire standard privind achiziția de produse biocide nr. 1.082/731/2016, în temeiul căruia contestatarul formulează critici prin prezenta contestație, prin raportare la dispozițiile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale H.G. nr. 395/2016 privește aprobarea unui model de documentație, în înțelesul limbii române, (model = ceea ce poate servi ca orientare pentru reproducere sau imitații; tipar), nicăieri în cuprinsul actului neregăsindu-se obligația de preluare mot a mot a conținutului acestuia.

De asemenea, relevant este și argumentul ierarhiei actelor normative, formulat, de asemenea, de autoritatea contractantă, actele normative emise de administrația publică centrală (ordine și instrucțiuni) se emit numai pe baza și în executarea legilor, a hotărârilor și a ordonanțelor Guvernului, în acest sens, fiind și recenta Decizie a Curții Constituționale nr. 458 din 25 iunie 2020 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor [art. 25 alin. \(2\) din Legea nr. 95/2006](#) privind reforma în domeniul sănătății și ale [art. 8 alin. \(1\) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 11/2020](#) privind stocurile de urgență medicală, precum și unele măsuri aferente instituirii carantinei, care arată la paragraful 45, următoarele: „ordinul ministrului sănătății, în cazul de față, **trebuie să cuprindă doar măsurile care organizează executarea dispozițiilor legale și particularizează și adaptează respectivele dispoziții la situația de fapt existentă, fără a se abate (prin modificări sau completări) de la cadrul circumscris prin normele cu putere de lege**”.

Criticile contestatoarei vor fi analizate prin prisma acestor observații, rolul decisiv în planificarea achiziției revenind autorității contractante, Consiliul și instanțele de judecată intervenind doar pentru remedierea procedurilor, în condițiile în care actele emise de autorități încalcă principiile și scopurile achiziției, dispozițiile legale exprese, prevederile documentației de atribuire publicate în SEAP.

Prima critică formulată de contestatoare se referă la cerința de la *III.1.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, potrivit căreia „Media cifrei de afaceri globală a ofertantului pe ultimii trei ani (2017, 2018, 2019) să fie cel puțin egală cu Lot 1: 500.000 lei, Lot 2: 500.000 lei, Lot 3: 500.000 lei.*

Contestatoarea menționează că valorile celor mai mari contracte subsecvente ale celor 3 loturi sunt;

- pentru lotul 1 - 500.000 lei; consecutiv, valoarea minimă a mediei cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii trei ani trebuie să fie de 1.000.000 lei;
- pentru lotul 2 - 510.000 lei; consecutiv, valoarea minimă a mediei cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii trei ani trebuie să fie de 1.020.000 lei;

- pentru lotul 3 - 500.000 lei; consecutiv, valoarea minimă a mediei cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii trei ani trebuie să fie de 1.000.000 lei.

Consiliul reține următoarele prevederi legale:

-ANEXA nr. 1 lit. a) la OMS nr. 1082/2016, pentru dovedirea capacității economice și financiare de către operatorii economici ofertanți trebuie îndeplinită următoarea cerință minimală: Media cifrei de afaceri globale a ofertantului pe ultimii 3 ani **trebuie să fie cel puțin egală cu valoarea estimată a contractului/ contractului subsecvent (fără TVA) x 2.**

- art. 175 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de autoritatea contractantă pot viza elemente cum ar fi:

a) **un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru**; cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici **nu trebuie să depășească de două ori valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente** ce urmează să se execute în același timp sau, dacă aceasta nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent”.

Consiliul reține că între Ordinul Ministrului și prevederea legală există o discrepanță majoră. Astfel, dacă art. 175 din Lege stabilește în dreptul autorității contractante alegerea unui anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, **dar nu mai mult de** dublul valorii estimate a contractului de achiziție publică sau, după caz, la valorii maxime anticipate a contractelor subsecvente, ordinul stabilește că aceasta **trebuie să fie cel puțin egală cu** valoarea estimată a contractului/ contractului subsecvent (fără TVA) x 2, ceea ce înseamnă că autoritatea are posibilitatea de a prevedea o cifră de afaceri mai mare. Chiar dacă societatea contestatoare solicită ridicarea la dublul valorii estimate a contractelor subsecvente, și nu mai mult, acest lucru nu înseamnă că prevederea ordinului este una legală. Întregul ansamblu al Legii nr. 98/2016 promovează principiul concurenței, al proporționalității și adaptarea achizițiilor la posibilitățile întreprinderilor mici și mijlocii. Față de acest aspect, nu există nicio rațiune a împărți obiectul achiziției în mai multe loturi, astfel încât să fie accesibilă și IMM-urilor, dacă, în schimb, se solicită o cifră medie de afaceri globală importantă, situație în care cele mai multe IMM-uri nu vor accede la procedură.

Consiliul reține relevanța în cauză și a prevederilor art. 172 alin. (3) din legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractantă stabilește **numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate** pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit”.

Prin urmare, este dreptul autorității contractante de a stabili un anumit nivel al cifrei de afaceri, mai cu seamă că avem de-a face cu un acord-cadru cu 20 ofertanți, cerințele mai relaxate conducând la concurență adecvată.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 2 alin. (1) din legea nr. 98/2016 stabilesc că „Orice persoană care se consideră **vătămată** într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”. Deci, legislația achizițiilor publice condiționează exercitarea dreptului la contestație de existența vătămării. Existența unei cerințe mai permissive nu poate fi considerată o vătămare, vătămarea presupunând încălcarea unui drept. Cum legislația achizițiilor trebuie interpretată în sensul promovării concurenței, un operator nu se poate plânge că în cadrul unui contract simplu, de furnizare dezinfectanți de larg consum, ar fi prea mică o cifră de afaceri globală de 500.000 lei. Pe de altă parte, se prezumă că societatea contestatoare, din moment ce solicită dublarea cifrei de afaceri, o îndeplinește pe cea solicitată, deci nu este vătămată. A susține că există o vătămare pe motiv că nu se respectă dispozițiile OMS nr. 1082/2016, fără a suferi vreo vătămare, echivalează cu susținerea interesului legitim public, fără a exista o vătămare a interesului legitim privat. Sub acest aspect, Înalta curte de Casație și Justiție a emis Decizia nr. 8/2020 privind examinarea sesizării formulate de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov cu privire la următoarea problemă de drept, în vigoare de la 02 iulie 2020, cu privire la interpretarea art. 1 alin. (1) și art. 2 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, reținând următoarele: *„În contenciosul administrativ românesc, în mod tradițional, regula a fost aceea că persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat pot formula acțiuni prin care invocă apărarea unui interes legitim privat.*

(...)În același sens s-a pronunțat și Curtea Constituțională a României, prin Decizia nr. 66 din 15 ianuarie 2009, sus-menționată, referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 8 alin. (11) din Legea nr. 554/2004, care a statuat că aceste dispoziții "au menirea de a clarifica și de a stabili în ce condiții și cine poate invoca apărarea interesului legitim public. Din conținutul textului se deduce că, prin acțiunea pe care o introduc la instanța de contencios administrativ, persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat nu pot invoca direct «interesul legitim public» pentru anularea unui act administrativ, ci numai în subsidiar, pe calea unor capete de cerere distincte, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge din încălcarea unui drept subiectiv sau a unui interes legitim privat. Așadar, prin acțiunea introdusă, persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat trebuie să dovedească mai întâi că a avut loc o încălcare a dreptului sau interesului lor legitim privat, după care să susțină în sprijinul cererii și vătămarea interesului public, ce decurge din actul administrativ atacat. Prin adoptarea textului criticat, legiuitorul a urmărit să «paralizeze» așa-numitele «acțiuni populare» intentate de unele persoane fizice sau persoane juridice de drept privat care, neavând argumente să dovedească o vătămare a unui drept sau

interes legitim privat propriu, recurg la calea acțiunilor întemeiate exclusiv pe motivul vătămării interesului public".

Dispozițiile art. 8 alin. (11) din Legea nr. 554/2004 stabilesc faptul că interesul public poate fi invocat de persoanele fizice și persoanele juridice de drept privat în formularea cererilor lor în fața instanței de contencios administrativ, numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat".

Prin urmare, Consiliul reține că sunt nefondate criticile contestatoarei referitoare la modificarea cerinței de calificare referitoare la cifra de afaceri, în sensul dublării acesteia.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la reluarea competiției pentru atribuirea contractelor subsecvente atribuite în baza acordului-cadru, Consiliul reține că acestea sunt lipsite de orice temei. Astfel, ar fi absolut inutilă organizarea unei proceduri concurențiale în care să fie admiși 20 ofertanți, pentru ca mai apoi să nu se reia competiția, fiind în defavoarea interesului public. În condițiile în care în acest moment, prețul dezinfecanților este, în mod notoriu, unul deosebit de crescut, în contextul epidemiei, ar fi total neeconomic să nu se reia competiția, astfel încât în situația în care prețul ar fi mai scăzut, autoritatea să beneficieze de situația existentă pe piață la acel moment. În același timp, autoritatea are nevoie de criterii pentru a desemna câștigător pe unul dintre cei 20 semnatori ai contractului de achiziție publică.

În același timp, dispozițiile art. 118 din Legea nr. 98/2016, citate de contestatoare, au următorul conținut: „(1) În cazul în care acordul-cadru este încheiat cu mai mulți operatori economici, acordul-cadru se execută în unul dintre următoarele moduri:

a) fără reluarea competiției, în conformitate cu termenii și condițiile prevăzute în cuprinsul său, **în cazul în care acordul-cadru stabilește toți termenii și condițiile care reglementează execuția lucrărilor, prestarea serviciilor și furnizarea produselor care constituie obiectul său**, precum și condițiile obiective în funcție de care se stabilește care dintre operatorii economici parte la acordul-cadru va executa lucrările, va presta serviciile sau va furniza produsele;

b) **cu reluarea competiției între operatorii economici care sunt parte la acordul-cadru, în cazul în care acordul-cadru nu stabilește toți termenii și condițiile care reglementează execuția lucrărilor, prestarea serviciilor și furnizarea produselor care constituie obiectul său**".

În cazul de față, documentația stabilește că prețul final este cel de la reluarea competiției, contractul subsecvent semnându-se cu ofertantul câștigător în urma desfășurării acestei etape. Este o practică constantă în materia achizițiilor publice ca semnarea contractelor subsecvente în situația în care acordul cadru este semnat cu mai mulți ofertanți, să se realizeze cu reluarea competiției, criticile contestatoarei fiind nefondate.

În ceea ce privește argumentul contestatoarei referitor la faptul că însăși autoritatea contractantă, prin prevederea inserată, repetitiv la fiecare lot al achiziției - *Modificarea acordului-cadru/contractului subsecvent de achiziție publică, în cursul perioadei sale de valabilitate, se*

face în condițiile prevăzute la art. 221 din Legea nr. 98/2016 și al prevederilor din cadrul Instrucțiunilor ANAP, **exclue de fapt orice modificare a condițiilor deja stabilite în urma procedurii de atribuire (modificarea ținând prețul de achiziție prin reluarea competiției între câștigătorii declarați ai procedurilor de atribuire)**, și acesta este unul inconsistent, modelul de contract interpretându-se coordonat, sistematic, potrivit dispozițiilor art. 1267 din Codul civil, „Clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă din ansamblul contractului”. Deci, contractul subsecvent se semnează cu prețul reofertat, fără, însă, ca prețul reofertat să modifice acordul cadru. Atribuirea altui contract subsecvent se realizează tot prin reofertare, pornind de la prețul din acordul cadru, iar contractul subsecvent și acordul- cadru se modifică, după semnare, pe perioada execuției, în baza art. 221 din Legea nr. 98/2016 și a prevederilor din cadrul Instrucțiunilor ANAP, reofertarea neînsemnând modificarea acordului-cadru.

De asemenea, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea duratei termenului de plată de la maximum 60 zile de la recepția produselor livrate, la maximum 30 zile de la aceeași dată, invocând o discrepanță între textul fișei de date a achiziției, respectiv pct. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, din fișa de date - *Termen de plată: max. 60 de zile de la semnarea procesului-verbal de recepție a produselor, pe baza facturii în original, prin ordin de plată; plata se va face prin contul de Trezorerie al ofertantului* și art. 13.3 MODEL ACORD CADRU stabilește acest termen maxim de plată de 30 zile (dar nu de la data recepției, așa cum prevede textul legal invocat mai sus); la fel și art. 10.3 (1) MODEL CONTRACT SUBSECVENT.

Contestatoarea solicită reducerea termenului de plată la 30 zile, arătând că art. 6 alin. (1) din Legea nr. 72/2013 nu este în favoarea autorității contractante, care nu este între cele prevăzute la alin. (4) - „*instituțiile publice din domeniul sănătății și entităților publice care furnizează servicii medicale de sănătate*” - și, deci, nu poate beneficia de dispoziția respectivă, stabilind un termen maxim de plată de 60 zile.

Consiliul reține relevanța în cauză a următoarelor dispoziții legale:

-art. 6 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante - „(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată;

b) 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepției bunurilor sau prestării serviciilor;

c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea

contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date".

-art. 7 din același act normativ: - „(1)Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12".

Având în vedere că documentația de atribuire este contradictorie, pe de o parte menționându-se un termen de plată de 60 zile, pe de altă parte unul de 30 zile, iar autoritatea contractantă nu a justificat incidența excepției de la art. 7, Consiliul va admite critica respectivă și va dispune reducerea termenului de plată din fișa de date a achiziției, astfel încât documentele procedurii să fie unitare, la 30 zile de zile de la înregistrarea facturii la achizitor, astfel cum se menționează în modelul de contract.

Contestatoarea mai critică modelul de contract subsecvent și prin prisma sancțiunilor aplicabile furnizorului în cazul nerespectării obligațiilor contractuale, comparându-le cu modelul de acord cadru și contract subsecvent din ANEXA nr. 4 la OMS nr. 1082/2016, arătând următoarele:

«„11.3 - Nerespectarea obligațiilor asumate prin prezentul contract de către una dintre părți, în mod culpabil, dă dreptul părții lezate de a considera contractul reziliat de drept/de a cere rezilierea contractului și de a pretinde plata de daune-interese.”

În redactarea legală, prevederile art. 11.3 sunt cu totul altele:

„11.3. Achizitorul își rezervă dreptul de a renunța la contract, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nicio compensație, dacă acesta din urmă intră în insolvență, cu condiția ca această anulare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului.”

Și nicăieri altundeva în cuprinsul textului legal nu există clauza creată de autoritatea contractantă

„11.4- Pact comisoriu expres de ultim grad

(1) În caz de neexecutare sau executare necorespunzătoare a obligațiilor contractuale de către furnizor, achizitorul are dreptul de a considera contractul desființat de plin drept, fără judecată, fără a mai fi necesară punerea în întârziere și fără orice altă formalitate prealabilă. Prin urmare, rezilierea intervine de drept, de îndată ce a expirat termenul de executare, fără a mai fi necesară notificarea acestuia de către achizitor.

(2) În situațiile menționate la alin. (1), furnizorul datorează daune compensatorii, care se determină astfel:

a) pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, furnizorul are obligația de a plăti achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în quantum de 25% din valoarea, fără TVA, aferentă produselor comandate;

b) în cazul în care furnizarea este numai parțială și este corespunzătoare, daunele reprezintă 25% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract și nefurnizate, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea. Dacă nu se poate stabili proporția produselor nefurnizate, furnizorul datorează achizitorului daune compensatorii în cuantum de 10% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract.

c) în cazul în care furnizarea este parțială și totodată necorespunzătoare, furnizorul datorează achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în cuantum de 20% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea.

(3) Furnizorul datorează achizitorului daunele prevăzute la alin. (2), lit. a) - c), după caz, și în cazul în care, la împlinirea termenelor prevăzute la art. 5, se constată nefurnizarea produselor ce fac obiectul prezentului contract.

11.5 - Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nicio compensație, cu condiția ca această denunțare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului"».

În ceea ce privește modelul de contract subsecvent, contestatoarea apreciază că acesta este vădit în afara textului (obligatoriu) stabilit prin ANEXA nr. 4 la OMS nr. 1082/2016, argument ce va fi respins de Consiliu, din moment ce autoritatea contractantă nu este instituție medicală, nefiind destinat al respectivului ordin. De altfel, așa cum rezultă din critica anterioară, chiar contestatoarea invocă faptul că autoritatea contractantă nu este instituție medicală, neputându-se prevala, astfel, de termenul de plată al facturilor de 60 zile, argument acceptat ca valid de Consiliu, or obligativitatea tratării unitare a procedurii impun aceeași regulă și în ceea ce privește clauzele de mai sus: modelul de contract subsecvent și modelul de acord-cadru stabilite în Ordinul nr. 1082/2016 nu sunt obligatorii pentru autoritatea contractantă, din moment ce nu este unitate medicală, fiind aplicabile dispozițiile comune, respectiv art. 9 din HG nr. 395/2016, potrivit căruia „(1) Etapa de planificare/pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate și se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorității contractante/unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă.

(2) Strategia de contractare este un document al fiecărei proceduri de achiziție publică cu o valoare estimată egală sau mai mare decât

pragurile valorice stabilite la art. 7 [alin. \(5\)](#) din Lege, inițiată de autoritatea contractantă.

(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:

a) relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte;

b) procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului de achiziție publică asociate, dacă este cazul;

c) tipul de contract propus și modalitatea de implementare a acestuia;

d) mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale;

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum și orice alte elemente legate de obținerea de beneficii pentru autoritatea contractantă și/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administrației publice în care activează autoritatea contractantă;

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 [alin. \(2\) - \(5\)](#) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;

g) obiectivul din strategia locală/regională/națională de dezvoltare la a cărei realizare contribuie contractul/acordul- cadru respectiv, dacă este cazul;

h) orice alte elemente relevante pentru îndeplinirea necesităților autorității contractante”.

Pe de altă parte, chiar dacă s-ar admite ideea obligativității prevederilor ordinului respectiv, acest lucru nu înseamnă că autoritățile contractante sunt obligate să preia tale quale modelul respectiv, model neînsemnând formular obligatoriu, autoritățile, cu responsabilități în asigurarea condițiilor de muncă și de securitate în propriile instituții, având dreptul să aducă modificări respectivelor formulare. Afirmând contrariul, s-ar aduce atingere principiului asumării răspunderii, autoritățile contractante fiind transformate în simpli executanți, fără voință proprie, în condițiile în care eșecul unui contract de achiziții este în răspunderea lor. Sistemul național de achiziții publice, astfel cum este construit, presupune responsabilizarea autorităților contractante, or transformând un model într-un formular obligatoriu, fără a da posibilitatea adaptării nevoilor proprii, reprezintă o încălcare a principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Deciziile instanțelor invocate de contestatoare nu au valoare de recurs în interesul legii, mai cu seamă că există și decizii contrare, inclusiv

interpretarea dată de ÎCCJ în decizia citată mai sus, într-o chestiune similară celei din practica menționată.

Analiza Consiliului în ceea ce privește clauzele criticate se va axa, astfel, doar pe necesitatea asigurării echilibrului contractual, și nu pe similitudinea cu Ordinul nr. 1082/2016.

Astfel, clauza de la 11.3 - *„Nerespectarea obligațiilor asumate prin prezentul contract de către una dintre părți, în mod culpabil, dă dreptul părții lezate de a considera contractul reziliat de drept/de a cere rezilierea contractului și de a pretinde plata de daune-interese”* este una echilibrată, fiind aplicabilă ambelor părți, în egală măsură. Textul vorbește de dreptul oricărei părți de a solicita rezilierea, fiind o aplicație a principiului *„Pacta sunt servanda”*, fiind în concordanță cu dispozițiile art. 1549 cod civil *„(1) Dacă nu cere executarea silită a obligațiilor contractuale, creditorul are dreptul la rezoluțiunea sau, după caz, rezilierea contractului, precum și la daune-interese, dacă i se cuvin”*. Prin urmare, nu se poate reține caracterul său neechilibrat, critica urmând a fi respinsă.

În ceea ce privește clauza 11.4 - Pact comisoriu expres de ultim grad,

„(1) În caz de neexecutare sau executare necorespunzătoare a obligațiilor contractuale de către furnizor, achizitorul are dreptul de a considera contractul desființat de plin drept, fără judecată, fără a mai fi necesară punerea în întârziere și fără orice alta formalitate prealabilă. Prin urmare, rezilierea intervine de drept, de îndată ce a expirat termenul de executare, fără a mai fi necesară notificarea acestuia de către achizitor.

(2) În situațiile menționate la alin. (1), furnizorul datorează daune compensatorii, care se determină astfel:

a) pentru neexecutarea totală a obligațiilor asumate și/sau care îi revin, furnizorul are obligația de a plăti achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în quantum de 25% din valoarea, fără TVA, aferentă produselor comandate;

b) în cazul în care furnizarea este numai parțială și este corespunzătoare, daunele reprezintă 25% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract și nefurnizate, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea. Dacă nu se poate stabili proporția produselor nefurnizate, furnizorul datorează achizitorului daune compensatorii în quantum de 10% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract.

c) în cazul în care furnizarea este parțială și totodată necorespunzătoare, furnizorul datorează achizitorului, cu titlu de daune compensatorii, o sumă în quantum de 20% din valoarea fără TVA, aferentă produselor ce fac obiectul prezentului contract, la care se adaugă, dacă este cazul, și penalități de întârziere calculate de la data scadenței obligației neîndeplinite până la data la care a intervenit rezilierea.

(3) Furnizorul datorează achizitorului daunele prevăzute la alin. (2), lit. a) - c), după caz, și în cazul în care, la împlinirea termenelor prevăzute la art. 5, se constată nefurnizarea produselor ce fac obiectul prezentului contract.

Dacă în ceea ce privește alin. (1) al respectivei clauze, Consiliul nu identifică vreun dezechilibru sau caracter nelegal, în condițiile în care este cert că autoritatea contractantă are nevoie urgentă de produsele respective, scopul fiind unul clar, respectiv prevenția Covid 19, în ceea ce privește daunele compensatorii solicitate, acestea sunt unele excesive. Astfel, Consiliul reține că la clauza 16.2 mai există o sancțiune în sarcina operatorilor, respectiv reținerea garanției de bună execuție: „16.2 - Achizitorul are dreptul de a emite pretenții asupra garanției de bună execuție, oricând pe parcursul îndeplinirii contractului, în limita prejudiciului creat, în cazul în care Furnizorul nu își îndeplinește din culpa sa obligațiile asumate prin contract. Anterior emiterii unei pretenții asupra garanției de bună execuție Achizitorul are obligația de a notifica pretenția atât Furnizorului, cât și emitentului instrumentului de garantare, precizând obligațiile care nu au fost respectate, precum și modul de calcul al prejudiciului. În situația executării garanției de bună execuție, parțial sau total, Furnizorul are obligația de a reîntregi garanția în cauză raportat la restul rămas de executat”.

Având în vedere că reținerea garanției de bună execuție este specifică contractelor de achiziții publice, și aceasta având, în realitate, natura unei daune compensatorii, aceasta fiind definită la art. 39 alin. (1) din HG nr. 395/2016 „Garanția de bună execuție a contractului se constituie de către contractant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de achiziție publică/contractului subsecvent”, Consiliul reține că solicitarea și altor daune compensatorii într-un quantum important (10% din valoarea contractului, 20 % din valoarea contractului, 25% din valoarea comenzii, la care se adaugă penalități) apare ca fiind excesivă. Din acest motiv, este necesară modificarea modelului de contract, astfel încât acesta să se încadreze în prevederile art. 39-42 din HG nr. 395/2016, stabilirea unor penalități rezonabile, echivalente celor datorate de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește clauza 11.5, „Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, printr-o notificare scrisă adresată furnizorului, fără nici o compensație, cu condiția ca această denunțare să nu prejudicieze sau să afecteze dreptul la acțiune sau despăgubire pentru furnizor. În acest caz, furnizorul are dreptul de a pretinde numai plata corespunzătoare pentru partea din contract îndeplinită până la data denunțării unilaterale a contractului”, Consiliul reține că aceasta este dezechilibrată. Astfel, din moment ce se semnează un acord cadru, nimic nu o împiedică pe autoritate să semneze contractele subsecvente pe cantități și termene mai mici, astfel încât aceasta să nu facă cheltuieli inutile. Semnarea unui contract presupune obligații atât din partea operatorilor, care trebuie să se aprovizioneze ritmic, cât și din partea autorității contractante, care trebuie să își anticipeze necesitățile, nefiind echilibrat ca operatorul să fie eliminat de drept din contract, în cazul unor întârzieri, fără ca autoritatea să aibă obligația respectării contractului. Din acest motiv, Consiliul apreciază că această clauză este în contradicție cu clauza 11.3, care prevede posibilitatea solicitării de daune în quantumul

prejudiciului produs din partea ambelor părți, impunându-se eliminarea acesteia din modelul de contract subsecvent.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu în ceea ce privește modificarea pct. IV.4.2 din fișa de date a achiziției, Modul de prezentare al propunerii financiare, în ceea ce privește termenul de plată, modificarea clauzei 11.4 alin. (2) și 11.5 din modelul de contract subsecvent, în conformitate cu cele dispuse în motivare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestatoare.

În ceea ce privește cheltuielile de judecată de 3000 lei, solicitate de SC ... SRL, dovedite prin depunerea la dosar a facturii nr. 415/16.06.2020 și a OP 20061816452238/18.06.2020, reprezentând onorariu de avocat, Consiliul urmează să o admită în parte, având în vedere următoarele argumente:

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Potrivit art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, „Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul sau”.

Văzând complexitatea scăzută a cauzei și având în vedere calitatea de autoritate publică a autorității contractante, precum și admiterea în parte a contestației, Consiliul va reduce onorariul la suma de 1500 lei, obligând autoritatea contractantă, în temeiul art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă coroborat cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, la plata acestei sume către contestatoare.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... în ceea ce privește modificarea pct. IV.4.2 din fișa de date a achiziției, Modul de

prezentare al propunerii financiare, în ceea ce privește termenul de plată, modificarea clauzei 11.4 alin. (2) și 11.5 din modelul de contract subsecvent, în conformitate cu cele dispuse în motivare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestatoare.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în 15 zile de la comunicarea prezentei, prin publicarea în SEAP a modificărilor dispuse.

În temeiul art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă coroborat cu art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă autoritatea contractantă la plata sumei de 1500 lei cu titlu de cheltuieli de judecată, către contestatoarea SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 28 (douăzeci și opt) pagini.

Redactată practica deciziei