



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 fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 62335/02.12.2021, formulată de către ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva adresei nr. 11838/22.11.2021 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 94818/18.11.2021, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru, divizat pe loturi, având ca obiect „Materiale consumabile cu specific de dezinfecție și protecție instrumentar în vederea sterilizării”, se solicită, pentru lotul 1, admiterea contestației, anularea parțială a raportului procedurii, a adresei nr. 11838/22.11.2021, precum și a oricărui alt document subsecvent/anterior, în ceea ce privește soluția admiterii ofertei ... SRL și clasării acesteia pe locul nr. 1, precum și a clasării contestatorului pe locul nr. 2, excluderea ofertei ... SRL ca neconformă, finalizarea procedurii de achiziție cu singura oferta conformă rămasă, cea a ... SRL.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la CNSC cu nr. 64934/13.12.2021, ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin Cabinet Avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită admiterea acesteia și respingerea contestației ca fiind neîntemeiată și menținerea ca temeinic și legal al rezultatul procedurii, prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, permiterea accesului la dosarul achiziției publice, potrivit dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, pronunțarea deciziei în prezentul dosar ulterior datei la care va fi asigurat accesul la dosarul cauzei, astfel încât să se poată uza de informațiile care nu au fost comunicate, care nu sunt opozabile în acest moment și la care are

dreptul, precum și acordarea posibilității de a formula concluzii scrise în temeiul art. 21 din Legea nr. 101/2016.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... SRL critică decizia autorității contractante de declarare drept câștigătoare a ofertei ... SRL, pentru lotul 1.

Ca urmare a finalizării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, în data de 22.11.2021, lista cu ofertanții câștigători, pentru lotul nr. 1, fiind oferta depusă de către ... SRL, iar oferta ... SRL a fost declarată ca ocupând locul nr. 2.

Contestatorul apreciază că, pentru motivele ce vor fi expuse în continuare, decizia autorității contractante în privința lotului nr. 1 de a lua în considerare oferta ... SRL și de a declara această societate ca ocupând locul nr. 1, este nelegală și netemeinică, ofertantul declarat câștigător prezentând, în opinia sa, o ofertă neconformă.

Astfel, în cadrul DUAE depus de către ... SRL, la rubrica „*Motive de excludere/cerințe privind capacitatea de exercitare a activității profesionale*”, s-a regăsit menționată cerința de la numărul 3, respectiv „*Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, respectiv (...) încetare anticipată a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*”.

Contestatorul susține că această cerință este în conformitate cu dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, pe care îl citează și precizează că, privitor la ... SRL, în SEAP este încărcat, potrivit legii, Certificatul constatator la contractul subsecvent nr. 1847 din 22.01.2019, care este înregistrat sub nr. 13597/16.05.2019 la Spitalul Clinic Municipal „Dr. Gavril Curteanu” Oradea, care atestă faptul că, respectivul contract subsecvent menționat mai sus, a încetat anticipat prin reziliere, din cauza nerespectării de către ... SRL a calității, cantității și/sau tipului de produs ofertat, calificativul pentru îndeplinirea contractului fiind „nesatisfăcător”.

Acest certificat constatator este emis potrivit art. 166 alin. (1) lit. a) din HG 395/2016 și, față de existența acestui document constatator, opozabil chiar autorității contractante, având în vedere încărcarea acestuia în SEAP, aceasta din urmă era obligată, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, să excludă din procedură oferta ... SRL, ceea ce nu s-a întâmplat.

Mai mult, în raportul procedurii, punctul 2.2.1. - Calificarea ofertanților, Motive de excludere/cerințe privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, privitor la cerința de la numărul 3, respectiv existența unor

„motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, respectiv (...) încetare anticipată a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, este menționat răspunsul ... SRL ca fiind negativ.

Or, în aceste condiții, avem de a face, fie cu o declarație falsă a ... SRL privind inexistența unui astfel de caz, fie cu ignorarea de către autoritatea contractantă a existenței împrejurărilor atestate prin Certificatul constatator la contractul subsecvent nr. 1847 din 22.01.2019, înregistrat sub nr. 13597/16.05.2019 la Spitalul Clinic Municipal „Dr. Gavril Curteanu” Oradea, document opozabil acesteia, încărcat în SEAP în mod obligatoriu, tocmai pentru ca efectele acestuia să fie avute în vedere de către eventualele autorități contractante la momentul la care sunt evaluate oferte în vederea atribuirii de contracte de achiziție publică.

În continuare, contestatorul evocă prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și susține că, dacă ne aflăm în situația în care nu există o hotărâre judecătorească care să interzică ... SRL participarea la proceduri de atribuire a unui acord-cadru, situația de excludere prevăzută la art. 167 lit. g) din actul normativ, constatată prin documentul constatator indicat mai sus, publicat în SEAP, se aplică numai într-un termen de 3 ani de la data situației constatate prin acest document.

Astfel, dacă nu a trecut un astfel de termen, autoritatea contractantă este obligată să aplice situația de excludere, documentul respectiv nefiind anulat, producând efecte juridice.

Or, de la data certificatului constatator - 22.01.2019, de la data încheierii contractului respectiv chiar - 16.05.2019 și până la data evaluării ofertelor în prezenta procedură de atribuire, nu a trecut termenul de 3 ani prevăzut la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, astfel că autoritatea contractantă a încălcat în mod flagrant aceste dispoziții legale, favorizând în mod nelegal ... SRL și ajutând această societate să câștige licitația pentru ambele loturi.

Mai mult decât atât, contestatorul menționează că o astfel de situație a mai fost constatată de către CNSC în Decizia nr. 2526/C9/2758/11.11.2021, tot în ceea ce privește ... SRL, Consiliul reținând la pag. nr. 15 a deciziei, faptul că *„nu se face dovada credibilității operatorului economic, la acest moment, documentul constatator fiind un act administrativ care produce efecte juridice. Cu toate că ofertanta a atacat cu recurs Sentința Civilă nr. 6740/16.10.2019, se constată că documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 nu a fost anulat și nici suspendată aplicarea acestuia”*.

Așadar, Consiliul reține că acest document constatator produce efecte juridice cu toate că ... SRL l-a atacat în justiție, efectele acestui act juridic administrativ nefiind suspendate.

Este posibil ca ofertantul ... SRL să fi declarat în cadrul prezentei proceduri faptul că ar fi atacat în justiție acest document constatator, însă chiar și în această situație, autoritatea contractantă era obligată să excludă oferta acestuia, de vreme ce documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 nu a fost anulat și nici suspendată aplicarea sa și nici nu ne aflăm în situația prevăzută la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, chiar în prezent aflându-ne în interiorul termenului de 3 ani reglementat.

Or, față de cele arătate mai sus, contestatorul apreciază că oferta depusă de către ... SRL, declarată câștigătoare pe locul nr. 1, în ceea ce privește lotul nr. 1, este neconformă și, în consecință, trebuia să fie respinsă de către autoritatea contractantă, caz în care aceasta urma să declare unic câștigător pentru acest lot oferta contestatorului.

Mai mult, în ceea ce privește ... SRL, contestatorul face precizarea că mai există un document constatator emis de către Ministerul Apărării Naționale - UM 02417 Focșani sub nr. A- 6936/19.12.2018, prin care se atestă faptul că ofertantul nu a îndeplinit contractul în mod corespunzător, produsele contractate fiind livrate cu întârziere raportat la termenul de livrare asumat.

Concluzionând, ... SRL solicită CNSC, pentru lotul 1, admiterea contestației, anularea parțială a raportului procedurii, a adresei nr. 11838/22.11.2021, precum și a oricărui alt document subsecvent/anterior, în ceea ce privește soluția admiterii ofertei ... SRL și clasării acesteia pe locul nr. 1, precum și a clasării contestatorului pe locul nr. 2, excluderea ofertei ... SRL ca neconformă, finalizarea procedurii de achiziție cu singura oferta conformă rămasă, respectiv oferta sa.

Prin adresa nr. 12517/13.12.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 64820/13.12.2021, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată, pentru următoarele motive:

În urma evaluării ofertelor, au fost declarați câștigători ambii ofertanți, ... SRL fiind clasat pe locul 1, iar contestatorul pe locul 2, rezultat comunicat ofertanților prin adresele nr. 11838/22.11.2021 și nr. 11839/22.11.2021, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut.

Față de motivele contestației, respectiv declararea drept câștigătoare a unei oferte neconforme, motivat de faptul că ... SRL a prezentat Certificatul constatator nr. 13597/16.05.2019 la Contractul subsecvent nr. 1847/22.01.2019 încheiat cu Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu, care atestă faptul că, contractul subsecvent menționat a încetat anticipat prin reziliere din cauza nerespectării de către ... SRL a calității, cantității și/sau tipul de produs ofertat, primind calificativul „nesatisfăcător”, autoritatea contractantă le consideră nefondate și solicită respingerea contestației ca nefondată.

Astfel, în documentația de atribuire, Secțiunea II - Instrucțiuni pentru ofertanți, au fost transpuse dispozițiile legale privind declarația pe proprie răspundere DUAЕ, aceasta fiind o declarație oficială a operatorului economic, potrivit căreia acesta nu se află într-una din situațiile în care sunt sau pot fi excluși, îndeplinește criteriile de selecție relevante și, dacă este cazul, respectă regulile și criteriile obiective care au fost stabilite de autoritatea contractantă în vederea selectării ofertanților. Autoritatea contractantă poate cere oricărui ofertant, în orice moment în cursul procedurii, să depună toate sau o parte dintre certificatele și documentele justificative solicitate atunci când acest lucru este necesar, pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

Operatorii economici pot fi excluși din procedura de achiziție publică sau pot fi urmăriți în justiție, în temeiul legislației naționale, în cazuri grave de

declarații false, atunci când au completat DUAЕ sau, în general, atunci când au furnizat informațiile solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție, ori în cazul în care nu au divulgat aceste informații sau nu au fost în măsură să prezinte documente justificative.

În speță, operatorul economic declarat câștigător, ... SRL a completat formularul standard pentru documentul unic de achiziții europene DUAЕ (filele 131-134 în documentația anexată) prin care, cu privire la Motivele legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, a declarat Constatatorul primar nr. 13597/16.05.2019 (emis pentru încetare anticipată fără prejudicii).

Conform declarației operatorului economic, documentul a fost contestat la autoritatea contractantă emitentă la data de 28.05.2019 și, neprimind un răspuns favorabil, operatorul economic s-a adresat instanțelor judecătorești, pe rolul cărora există înregistrate dosarele nr. 22324/3/2019 la Curtea de Apel București și dosarul nr. 25137/3/2020 la Tribunalul București.

Verificând realitatea acestor informații pe portalul instanțelor www.just.ro, informațiile comunicate de operatorul economic s-au confirmat, conform înscrisurilor anexate (filele 11-13), autoritatea contractantă constatând realitatea acestora, dosarul de la Tribunalul București având termen la 02.02.2022, dosarul Curții de Apel București fiind suspendat până la soluționarea definitivă a dosarului aflat pe rolul Tribunalului.

În acest context, autoritatea contractantă a considerat oferta acceptabilă, drept pentru care a fost admisă.

Referitor la dispozițiile legale incidente, autoritatea contractantă citează prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

În ce privește gravitatea încălcării, autoritatea contractantă apreciază că această condiție nu este îndeplinită, autoritatea emitentă a constatatului nu a suferit niciun prejudiciu prin încetarea anticipată a contractului, iar operatorul economic a adoptat măsuri de remediere prin acțiunile în justiție probate. De asemenea, repetitivitatea încălcării obligațiilor provenite din contracte de achiziție publică nu se verifică, Constatatorul primar nr. 13597/16.05.2019 fiind singular, în condițiile în care operatorul ofertant a avut/are în desfășurare numeroase contracte de achiziție publică, ce decurg fără incidente în privința executării obligațiilor ce-i revin.

De asemenea, prin demersurile judiciare prin care operatorul economic a demonstrat că le-a întreprins, vis a vis de aspectul în discuție, autoritatea contractantă consideră că, în concret, acesta și-a dovedit credibilitatea în raport de motivele de excludere, astfel cum dispune art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar asupra unei atare situații, autoritatea contractantă are un drept de apreciere conferit de alin. (2) al aceluiași articol.

Concluzionând, ... consideră contestația ... SRL ca fiind nefondată și solicită CNSC respingerea acesteia ca atare.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la CNSC cu nr. 64934/13.12.2021, ... SRL a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită admiterea acesteia și respingerea contestației ca fiind neîntemeiată și menținerea ca temeinică și

legal al rezultatul procedurii, prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, permiterea accesului la dosarul achiziției publice, potrivit dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, pronunțarea deciziei în prezentul dosar ulterior datei la care va fi asigurat accesul la dosarul cauzei, astfel încât să se poată uza de informațiile care nu au fost comunicate, care nu sunt opozabile în acest moment și la care are dreptul, precum și acordarea posibilității de a formula concluzii scrise în temeiul art. 21 din Legea nr. 101/2016.

Intervenientul invocă următoarele excepții:

- excepția inadmisibilității petitelor nr. 2 și nr. 3 formulate de ... SRL, solicitând admiterea excepției și respingerea acestor petite ca fiind inadmisibile;

- excepția lipsei de interes a petitelor nr. 1 ca efect a admiterii excepției inadmisibilității petitelor nr. 2 și nr. 3 formulate de ... SRL;

- excepția nemotivării contestației și respingerea acesteia față de „neconformitatea ofertei subscrisei”, ca nemotivată.

Scurtă prezentare a situației de fapt

În urma analizării ofertelor, pentru lotul 1 au fost declarate admisibile două oferte: locul I - ... SRL și locul II - ... SRL.

Astfel, luând în considerare acest clasament, autoritatea contractantă transmite în data 22.11.2021, faptul că oferta ... SRL este declarată câștigătoare.

Ulterior, ofertantul clasat pe locul II formulează contestație împotriva rezultatului procedurii, contestație în care ... SRL dorește să intervină, având în vedere că aceasta este inadmisibilă, neîntemeiată și nemotivată.

I. Justificarea interesului ... SRL de a formula cerere de intervenție.

Interesul legitim al ... SRL de a critica contestația formulată de ... SRL și de a sprijini autoritatea contractantă în apărările sale, rezultă din calitatea de participant la procedura de achiziție susmenționată, ofertant declarat câștigător, calitate în care acesta este vătămat în interesul său legitim de a obține încheierea contractului prin formularea acestei contestații.

În concret, interesul procesual în susținerea deciziei autorității contractante, rezultă din faptul că intervenientul urmărește menținerea rezultatului procedurii de atribuire, prin care oferta sa a fost declarată în mod legal câștigătoare, astfel încât să se conserve dreptul său de a fi parte în contractul de achiziție publică.

Pe de altă parte, se consideră că autoritatea contractantă a respectat prevederile legale, iar solicitările contestatorului sunt nefundamentate/nerealiste și lipsite de argumente.

Astfel, prin anularea rezultatului procedurii de atribuire, interesul intervenientului de a se menține decizia de declarare a ofertei sale ca fiind câștigătoare și implicit de obținere a contractului de achiziție publică, ar fi afectat, existând posibilitatea ca în urma admiterii contestației, să se ajungă la alt rezultat, respectiv oferta sa să fie respinsă.

Or, interesul intervenientului este ca decizia autorității contractante să se mențină, iar oferta sa să fie clasată pe locul I și astfel să se încheie acordul-cadru, aceste condiții specifice interesului în ceea ce privește o

cerere de intervenție accesorie în susținerea autorității contractante fiind justificată.

II. Referitor la excepțiile invocate:

Prin contestația formulată, se solicită următoarele:

„Anularea parțială a raportului procedurii referitor la licitația menționată mai sus, în ceea ce privește lotul nr. 1 - Materiale pentru protecție personal instrumentar, a adresei înregistrate la autoritatea contractantă sub nr. 11838/22.11.2021, precum și a oricărui alt document subsecvent/anterior, în ceea ce privește soluția admiterii ofertei ... SRL și clasării acesteia pe locul nr. 1 și a clasării subscrisei pe locul nr. 2 în ceea ce privește acest lot;

Excluderea ofertei prezentate de ... SRL în ceea ce privește lotul nr. 1, ca neconformă, întrucât aceasta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini - Specificații tehnice lot 1, având în vedere dispozițiile art. 215 alin. (5) coroborat cu art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;

Finalizarea, în consecință, a procedurii de achiziție privind încheierea acordului cadru de furnizare materiale consumabile cu specific de dezinfecție și protecție instrumentar în vederea sterilizării în ceea ce privește lotul nr. 1 cu singura ofertă conformă rămasă, cea a subscrisei ... SRL, ofertă deja declarată câștigătoare și ocupantă a locului nr. 2 privind acest lot”.

Intervenientul evocă prevederile art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și arată că, printre competențele Consiliului nu se regăsesc cele de „excludere a unui ofertant”, această atribuție intră, în mod exclusiv, în competența comisiei de evaluare.

Consiliul nu poate exclude un ofertant prin decizia emisă de acesta, astfel încât solicitarea „excluderea ofertei prezentată de ... SRL în ceea ce privește Lotul nr. 1, ca neconformă, întrucât aceasta nu satisface în mod corespunzător caietul de sarcini - Specificații tehnice, Lot 1, având în vedere dispozițiile art. 215 alin. (5) coroborat cu art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice”, nu este de competența CNSC, astfel încât se impune a fi respinsă ca inadmisibilă.

Aceeași critică o aduce intervenientul și față de solicitarea de „finalizare, în consecință, a procedurii de atribuire privind încheierea acordului-cadru de furnizare materiale consumabile cu specific de dezinfecție și protecție instrumentar în vederea sterilizării în ceea ce privește Lotul nr. 1 cu singura ofertă conformă rămasă, cea a subscrisei ... SRL, ofertă deja declarată câștigătoare și ocupantă a locului nr. 2 privind acest lot”.

Astfel, Consiliul nu poate „finaliza procedura”, această competență intrând în atribuțiile comisiei de evaluare.

Mai mult, solicitarea de excludere a ofertei intervenientului ca fiind neconformă, raportat la dispozițiile art. 215 alin. (5) și art. 167 din Legea nr. 98/2016, este inadmisibilă, având în vedere că o ofertă este neconformă pentru motivele prevăzute de art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Cu alte cuvinte, ceea ce solicită contestatorul, nu este de competența Consiliului și nici nu se regăsește ca temei de drept în lege.

În atare situație, petitele nr. 2 și 3 sunt inadmisibile, iar această sancțiune determină respingerea ca lipsită de interes a petitului nr. 1.

Astfel, dacă se admite excepția inadmisibilității petitelor nr. 2 și nr. 3, atunci *„anularea parțială a raportului procedurii”* nu mai determină niciun folos practic, întrucât această solicitare nu este însoțită de solicitarea de obligare a autorității contractante să ia măsuri de remediere în sensul reevaluării ofertelor și a stabilirii unui nou clasament.

Din moment ce dispozițiile art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 limitează Consiliul la respectarea principului disponibilității, deci la ceea ce contestatorul a solicitat și, în același timp doar la cele 3 soluții reglementate, devine evident că doar solicitarea de anulare a unui act emis de autoritatea contractantă, fără solicitarea de a fi obligată să ia măsuri de remediere, este lipsită de interes.

Anularea actului vătămător, fără emiterea unui nou, nu îi aduce niciun folos practic contestatorului.

Așadar, din punct de vedere procedural și raportat la principiul disponibilității, intervenientul consideră că solicitarea contestatorului doar de a fi obligată să anuleze actele vătămătoare, nu îi oferă legitimitatea de a critica rezultatul procedurii, astfel încât se impune și respingerea petitelor nr. 1 ca fiind lipsite de interes.

II. Criticile contestatorului în ceea ce privește respingerea ofertei intervenientului raportat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt neîntemeiate având în vedere următoarele:

În contestația formulată se invocă faptul că, întrucât în DUAЕ a fost completat la Capitolul privind *„Motive de excludere/cerințe privind capacitatea de exercitare a activității”*, documentul constatator nr. 13597/16.05.2019, acest fapt ar determina în mod obligatoriu excluderea din procedura de atribuire raportat la dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Această interpretare este deficitară, întrucât ignoră specificul dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, care contrazice exact ceea ce a invocat contestatorul, respectiv că în situația în care există vreun motiv de excludere a ofertei, cum este cel de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă analizează de la caz la caz și poate decide declararea ca admisibilă a ofertei.

Mai mult, chiar Notificarea ANAP din 18.06.2021 arată că: *„Referitor la documentele constatatoare, având în vedere că autoritatea contractantă verifică încadrarea operatorilor economici ofertanți în situația de excludere care face obiectul prezentei Notificări prin intermediul documentelor constatatoare emise de către alte autorități contractante, în urma derulării unor contracte de achiziție publică/sectorială/de concesiune cu operatorii economici în cauză, se va avea în vedere faptul că existența unui document constatator în care se menționează încălcarea obligațiilor principale ce-i reveneau contractantului în cadrul unor asemenea contracte, nu conduce automat la aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.”*

Așadar, raționamentul contestatorului este din start greșit, întrucât acesta consideră că includerea documentului constatator în DUAЕ duce automat la respingerea ofertei intervenientului.

Pe de altă parte, contestatorul a invocat față de acest document constatatator, că acest document nu a fost anulat/suspendat.

Invocarea faptului că acest document constatatator nu a fost suspendat sau anulat, echivalează cu o invocare a unei prezumții, care însă, raportat la legislația în domeniu, nu este una absolută, ci poate fi întoarsă.

Astfel, în materia achizițiilor publice, legiuitorul a prevăzut expres faptul că, în ciuda existenței unei situații prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este obligată să analizeze credibilitatea ofertantului în fiecare caz în parte și poate decide acceptarea ofertei.

De aceea, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016, trebuie să i se dea șansa ofertantului să dovedească că în situația respectivă nu există certitudine față de „nerespectarea obligațiilor” și astfel autoritatea contractantă poate să considere că ofertantul dovedește credibilitatea, indiferent dacă are un document constatatator.

Totodată, acesta este și motivul pentru care la art. 171 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 se precizează că doar atunci când există o decizie definitivă, prevederile art. 171 nu se aplică.

Per a contrario, autoritatea contractantă analizează de la caz la caz situația credibilității ofertantului raportat la dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, nefiind obligată să respingă automat oferta doar pentru simplul fapt că față de acel ofertant există document constatatator privind neîndeplinirea obligațiilor contractuale, interpretare dată și de ANAP în Notificarea din 18.06.2021.

Așadar, legiuitorul nu a considerat că prezumția de nelegalitate specifică actului administrativ ar fi una absolută, care să implice respingerea ofertantului atunci când față de acesta s-a emis document constatatator negativ, ci, chiar raportat la 171 din Legea nr. 98/2016, care prevede că poate fi considerată credibilitate a ofertantului și „*prezentarea situației de fapt și de drept a neîndeplinirii obligațiilor*”, această prezumție poate fi ignorată.

Trecând mai departe la analiza situațiilor celor două documente constatatatoare, intervenientul citează prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016 și arată că în DUAE, a specificat faptul că există documentul constatatator nr. 13597/16.05.2019 emis de Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu Oradea și a explicat situația aferentă acestui document constatatator, respectiv că acesta este în litigiu și că nu există o certitudine în ceea ce privește „așa-zisa” neconformitate a calității produsului furnizat în contractul nr. 1847/22.01.2019, din moment ce această situație de fapt se află pe rolul unei instanțe de judecată și există în desfășurare o expertiză asupra produsului.

Deși există acest document constatatator, intervenientul consideră că situația invocată în cadrul acestuia este nejustificată, deci nu se poate considera că există în mod cert o neîndeplinire a obligației contractuale în cazul contractului susmenționat.

Astfel, se consideră că față de documentul constatatator nr. 13597/16.05.2019, intervenientul nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, așa cum este explicată în Notificarea ANAP din 18.06.2021, având în vedere următoarele:

- pe de o parte, așa-zisa neconformitate a produsului nu este gravă, din moment ce Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu Oradea, emitentul documentului constatator, a declarat câștigător intervenientul și au încheiat contract cu acesta, având ca obiect un produs (pat ATI) ce are aceeași structură ca produsul față de care s-a susținut că este neconform. Astfel, dacă însăși autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator consideră că intervenientul și-a dovedit credibilitatea, o declară câștigătoare într-o procedură și recepționează un produs cu aceleași caracteristici, atunci este evident că nici măcar față de această așa-zisă încălcare invocată, nu este considerată gravă.

- în egală măsură, raportat la dispozițiile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citat, livrarea unui produs care este funcțional și utilizat în prezent (dovadă fiind multitudinea de spitale care folosesc acest produs - Pat ATI Eleganza 5 - ca urmare a încheierii unui contract între producător și Ministerul Sănătății - Anexa nr. 6 la prezentul document) și care respectau cerințele caietului de sarcini, nu se încadrează în premisa reglementată anterior.

- pe de altă parte, având în vedere că produsul oferat (Patul Eleganza 5), față de care Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu Oradea a realizat evaluarea și l-a considerat conform cu cerințele caietului de sarcini, a fost același cu produsul livrat, în ambele cazuri structura patului era formată din 4 secțiuni, așa cum rezultă din documentele amintite, devine evident că nu există nicio încălcare a obligațiilor contractuale, documentul constatator fiind emis în mod nejustificat.

Mai mult, din documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 rezultă faptul că nerespectarea obligațiilor contractuale nu au produs prejudicii, deci atât timp cât nu s-au produs prejudicii, iar situația de fapt și de drept este în continuare în faza de judecată (deci nu există certitudine față de așa-zisa neconformitate a produsului oferat), nu se poate considera că intervenientul și-a încălcat în mod cert și definitiv obligațiile contractuale într-un mod grav (operând în acest caz prezumția de nevinovăție și incertitudine față de așa-zisele încălcări invocate în documentul constatator).

De altfel, orice persoană care lecturează informațiile specifice situației de fapt și de drept a Contractului nr. 1847/22.01.2019 încheiat cu Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu Oradea, informații atașate, realizează că obligațiile contractuale au fost respectate, iar aspectele de natură tehnică invocate și care urmează a fi analizate într-o expertiză tehnică, sunt suficiente pentru a arăta că această autoritate contractantă a luat o decizie arbitrară, fără existența unei expertize, raportat la simpla opinie a unor oameni nepregătiți din punct de vedere tehnic.

De asemenea, intervenientul citează prevederile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și precizează că autoritatea contractantă trebuie să țină seama de circumstanțele particulare ale abaterilor și de credibilitatea acestuia, de la caz la caz.

Astfel, autoritatea contractantă a ținut seama de particularitatea situației intervenientului, de activitatea pe care a derulat-o de aproape 30 de ani (societatea a fost înființată în 1993) în care nu au existat abateri sau

nerespectări ale obligațiilor contractuale, și de faptul că a dovedit credibilitatea noastră prin mai multe măsuri, pe care le explicitează.

Simpla existență a unui document constatator, nu poate conduce la excluderea operatorului economic din procedura de atribuire și implicit la aplicarea dispozițiilor art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2019, ci situația de fapt și de drept trebuie analizată de către fiecare autoritate contractantă raportat la *„gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere”*.

În ceea ce privește celălalt document constatator invocat de contestator, respectiv documentul constatator nr. A-6936/19.12.2018, acesta nu a fost menționat în DUAЕ, întrucât intervenientul nu a avut cunoștință despre acesta, autoritatea contractantă necomunicându-i acest document niciodată.

Astfel, documentul constatator nr. A-6936/19.12.2018 nu a fost comunicat intervenientului înainte de completarea și depunerea DUAЕ sub nicio formă (nici în format letric, nici în format electronic), astfel încât aceste informații nu sunt opozabile.

Contrar prevederilor art. 2 alin. (4) și (5) lit. f), a art. 166 alin. (3) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă Unitatea Militară 02417 Focșani nu a transmis documentul constatator mai sus menționat, și ca atare, intervenientul precizează că nu a avut cunoștință de existența unui asemenea document.

Potrivit art. 166 alin. (3) din HG nr. 395/2016, un document constatator devine opozabil față de ofertantul care face obiectul actului administrativ abia la momentul la care i s-a comunicat în mod direct, așa cum rezultă din dispozițiile alin. (5) al aceluiași articol, care stabilesc o altă obligație în sarcina autorității contractante a documentului constatator: publicarea în SEAP *„nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care au fost depuse”*.

Așadar, nu doar că Unitatea Militară 02417 Focșani nu a adus la cunoștință intervenientului despre existența Documentului constatator în cauză, dar aceasta nici nu a respectat dispozițiile legale amintite, care se raportează la momentul comunicării Documentului constatator către contractant, îngrădind astfel posibilitatea de a contesta acest document și de a solicita suspendarea acestuia.

Atât timp cât documentul constatator nu este opozabil intervenientului, întrucât autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile legale amintite și nu a comunicat acest document, acesta nu era obligat să publice în DUAЕ existența acestui document constatator.

Intervenientul arată că nu sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și, dacă s-ar interpreta că și-ar fi încălcat obligațiile contractuale, atunci cea de-a doua condiție premisă nu ar fi îndeplinită, întrucât nu a încetat anticipat contractul și nici nu au existat prejudicii sau sancțiuni similare.

În atare situație, devine clar că situația de fapt și de drept aferentă documentului constatator nr. A-6936/19.12.2018 nu se circumscrie premiselor dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, astfel încât nu există obligativitatea intervenientului de a include în DUAЕ acest document constatator.

Așadar, decizia autorității contractante este una corectă, aceasta a analizat situația de fapt și de drept și a considerat că intervenientul își dovedește credibilitatea în situația menționată în DUAE, iar raportat la celălalt document constatat, a dovedit că nu avea obligația de a include în DUAE mențiuni față de acesta.

De altfel, așa cum rezultă din SEAP, intervenientul are nenumărate documente constatatoare pozitive (anexate), activitatea sa desfășurându-se strict în acest domeniu, iar contractele în bază cărora își desfășoară activitatea sunt încheiate doar cu autorități publice, ca urmare a participării la proceduri de atribuire, astfel încât raportat la explicațiile amintite anterior, respingerea ofertei sale pentru existența celor două documente constatatoare, devine nejustificată și disproporțională.

În atare situație, devine evident că sancțiunea respingerii ofertei invocată de către contestator pentru cele două Documente constatatoare, deși intervenientul dovedește credibilitatea sa în raport de situația personală și de situațiile prezentate în documentele constatatoare, nu ar fi una justă, ba chiar disproporționată față de efectele create.

Astfel, intervenientul evocă jurisprudența comunitară în cauza Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene (Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, cauza T-195/08, hotărârea din 10.12.2009, pct. 57).

Așadar, respingerea ofertei intervenientului pentru un motiv raportat la o situație incertă, nedefinitivă, asupra căreia se va realiza o expertiză tehnică, reprezintă doar o rigiditate și un formalism absurd. Pe de altă parte, oferta sa nu poate fi respinsă fără a se solicita clarificări, în situația în care s-ar constata anumite neclarități, motiv pentru care contestația este neîntemeiată și din acest punct de vedere.

Concluzionând, intervenientul ... SRL solicită CNSC admiterea cererii sale de intervenție și respingerea contestației ca fiind neîntemeiată, menținerea ca temeinic și legal al rezultatul procedurii, prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, permiterea accesului la dosarul achiziției publice, potrivit dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, pronunțarea deciziei în prezentul dosar ulterior datei la care va fi asigurat accesul la dosarul cauzei, astfel încât să se poată uza de informațiile care nu au fost comunicate, care nu sunt opozabile în acest moment și la care are dreptul, precum și acordarea posibilității de a formula concluzii scrise în temeiul art. 21 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 65998/17.12.2021, ... SRL transmite *Note Scrise*, prin care solicită respingerea excepțiilor invocate de intervenientul ... SRL, precum și respingerea cererii de intervenție, înlăturarea argumentelor prezentate de autoritatea contractantă în cadrul întâmpinării depuse și admiterea contestației sale astfel cum a fost formulată.

1. Excepțiile formulate de intervenientul ... SRL sunt nefondate

Intervenientul susține, în mod neîntemeiat, faptul că ar fi inadmisibile capetele nr. 2 și 3 de cerere, pe motivul că nu Consiliul ar fi cel care trebuie să excludă o ofertă sau să finalizeze procedura, precum și capătul nr. 1 de

cerere ca lipsit de interes, aceasta în condițiile în care capetele nr. 2 și 3 de cerere ar fi inadmisibile.

În opinia contestatorului, aceste excepții reprezintă o încercare de a distra atenția asupra aspectului esențial al contestației, acela că oferta depusă de intervenient trebuia exclusă de către autoritatea contractantă, în condițiile încălcării dispozițiilor art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Contestația are ca obiect anularea raportului procedurii, în ceea ce privește lotul nr. 1 - Materiale pentru protecție personal/instrumentar, iar ca urmare a acestei măsuri, impunerea de către Consiliu a luării măsurilor de remediere, care sunt reprezentate de excluderea ofertei intervenientului și finalizarea procedurii în aceste condiții, doar cu oferta contestatorului.

Este evident că nu Consiliul exclude oferta intervenientului și nu Consiliul finalizează procedura de achiziție, însă măsura anulării raportului conduce la dictarea de către Consiliu, autorității contractante, a măsurilor care se impun, respectiv cele menționate la capetele nr. 2 și 3 de cerere, care sunt luate desigur de către autoritatea contractantă.

Prin absurd, chiar dacă nu ar fi fost solicitată măsura excluderii ofertei intervenientului (capătul 2 de cerere), autoritatea contractantă, după momentul la care raportul procedurii ar fi anulat pentru motivele expuse de contestator, ar fi fost obligată să continue procedura (capătul nr. 3 de cerere) în singurul mod posibil, respectiv prin excluderea ofertei depuse de intervenient și declararea câștigătoare de pe locul 1 a ofertei depuse de contestator.

Referitor la faptul că motivele invocate de contestator nu ar fi de natură să conducă la declararea ca neconformă a ofertei intervenientului, motiv pentru care acesta apreciază că ar fi nemotivată contestația, aceste susțineri sunt de asemenea vădit neîntemeiate.

Motivul de fond invocat de contestator privitor la oferta intervenientului este cel menționat de art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, care este citat.

Faptul că acest motiv conduce la excluderea ofertei ca neconformă sau ca inacceptabilă, este o chestiune care ține de aprecierea Consiliului, însă nu se poate susține ca o presupusă greșită calificare a unui motiv de excludere (ofertă neconformă sau inacceptabilă) poate conduce la aprecierea ca nemotivată a contestației, așa cum în mod neîntemeiat solicită intervenientul.

Este cert că motivul principal de fond al contestației este faptul că oferta intervenientului încalcă dispozițiile art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum și faptul că s-a solicitat excluderea acesteia ca urmare a acestei încălcări, calificarea juridică drept neconformă/inacceptabilă trebuind a fi efectuată de către membrii completului, având în vedere și dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016, care stabilesc că dispozițiile legii se completează cu cele ale Codului de procedură civilă.

Or, în acest sens, art. 22 alin. (4) din Codul de procedură civilă prevede că *„judecătorul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, chiar dacă părțile le-au dat o altă denumire”*.

2. Sunt neîntemeiate atât susținerile autorității contractante din cadrul întâmpinării, cât și cele ale intervenientului

Privitor la ... SRL, în SEAP este încărcat, potrivit legii, Certificatul constatator la contractul subsecvent nr. 1847 din 22.01.2019, care este înregistrat sub nr. 13597/16.05.2019 la Spitalul Clinic Municipal „Dr. Gavril Curteanu” Oradea, care atestă faptul că, contractul subsecvent menționat mai sus, a încetat anticipat prin reziliere, din cauza nerespectării de către ... SRL a calității, cantității și/sau tipului de produs oferat, calificativul pentru îndeplinirea contractului fiind „nesatisfăcător”.

Acest certificat constatator este emis potrivit art. 166 alin. (1) lit. a) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului - cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Față de existența acestui document constatator, opozabil chiar autorității contractante, având în vedere încărcarea acestuia în SEAP, aceasta din urmă era obligată, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, să excludă din procedură oferta ... SRL, ceea ce nu s-a întâmplat.

Mai mult, în raportul procedurii, punctul 2.2.1. - Calificarea ofertanților, Motive de excludere/cerințe privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, privitor la cerința de la numărul 3, respectiv existența unor „motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, respectiv (...) încetare anticipată a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile” era menționat răspunsul ... SRL ca fiind negativ.

În întâmpinarea depusă, autoritatea contractantă susține că de fapt intervenientul ar fi menționat existența acestui certificat (contrar celor menționate în raportul procedurii), dar că, verificând, ar fi observat că pe rolul instanțelor de judecată s-ar fi aflat două litigii referitoare la acesta, respectiv:

- dosarul nr. 25137/3/2020, de pe rolul Tribunalului București - Secția a VI-a Civilă, cu termen pe 02.02.2022;

- dosarul nr. 22324/3/2019, pe rolul Curții de Apel București, suspendat până la soluționarea dosarului nr. 25137/3/2020 de pe rolul Tribunalului București, menționat mai sus. În acest dosar, prima instanță a respins cererea intervenientului ca nefondată.

Susținerile autorității contractante din întâmpinare sunt evident neadevărate.

Astfel, la data la care a fost emis raportul procedurii, respectiv 18.11.2021, pe portalul instanțelor de judecată nu putea fi menționat termenul din data de 02.02.2022, aceasta deoarece în acest dosar a existat un termen anterior, 24.11.2021, însă acest termen a fost oricum ULTERIOR momentului atribuirii.

Probabil că, fiind confruntată cu contestația depusă, autoritatea contractantă, fie a luat la cunoștință, fie a fost „informată” de existența litigiului, astfel că a menționat termenul din data de 02.02.2022, fără a mai realiza faptul că acel termen nici măcar nu era fixat la data la care a fost efectuată în realitate verificarea ofertelor și că termenul de 24.11.2021 era următorul termen de judecată acordat în acest dosar, la momentul la care a atribuit contractul.

Așadar, este evident că nu a existat o verificare în fapt a îndeplinirii condițiilor de către intervenient la momentul analizării ofertelor, autoritatea făcând aceste mențiuni de natura a „justifica” soluția abia după depunerea contestației.

Însă, chiar și în ipoteza în care la momentul la care era depusă oferta, următorul termen de judecată în dosarul de instanță menționat mai sus ar fi fost de 02.02.2022, acest aspect este nerelevant, având în vedere argumentele ce vor fi prezentate mai jos și care au fost de altfel detaliate și în contestație, pe care contestatorul le menține în totalitate.

Certificatul constatator la contractul subsecvent nr. 1847 din 22.01.2019, înregistrat sub nr. 13597/16.05.2019 la Spitalul Clinic Municipal „Dr. Gavril Curteanu” Oradea, reprezintă un document opozabil autorității contractante, încărcat în SEAP în mod obligatoriu, tocmai pentru ca efectele acestuia să fie avute în vedere de către eventualele autorități contractante la momentul la care sunt evaluate oferte în vederea atribuirii de contracte de achiziție publică.

Mai mult, privitor la obligativitatea aplicării unei astfel de restricții, contestatorul citează prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, dacă ne aflăm în situația în care nu există o hotărâre judecătorească care să interzică ... SRL participarea la proceduri de atribuire a unui acord-cadru, situația de excludere prevăzută la art. 167 lit. g) din actul normativ, constatată prin documentul constatator indicat mai sus, publicat în SEAP, se aplică numai într-un termen de 3 ani de la data situației constatate prin acest document.

Astfel, dacă nu a trecut un astfel de termen, autoritatea contractantă este obligată să aplice situația de excludere, documentul respectiv nefiind anulat, producând efecte juridice.

Or, de la data certificatului constatator - 22.01.2019, de la data încheierii contractului respectiv chiar - 16.05.2019 și până la data evaluării ofertelor în prezenta procedură, nu a trecut termenul de 3 ani prevăzut la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, astfel că autoritatea contractantă a încălcat în mod flagrant aceste dispoziții legale, favorizând în mod nelegal ... SRL și ajutând această societate să câștige licitația pentru ambele loturi.

Mai mult decât atât, o astfel de situație a mai fost constatată de către CNSC în Decizia nr. 2526/C9/2758/11.11.2021, tot în ceea ce privește ... SRL și tot referitor la același certificat, Consiliul reținând la pag. 15 a deciziei, faptul că *„nu se face dovada credibilității operatorului economic, la acest moment, documentul constatator fiind un act administrativ care produce efecte juridice. Cu toate că ofertanta a atacat cu recurs Sentința Civilă nr. 6740/16.10.2019, se constată că documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 nu a fost anulat și nici suspendată aplicarea acestuia”*.

Așadar, Consiliul reține că acest document constatator produce efecte juridice, cu toate că ... SRL l-a atacat în justiție, efectele acestui act juridic administrativ nefiind suspendate.

Nu pot fi luate în considerare susținerile intervenientului, care afirmă că autoritatea contractantă nu este obligată să țină seamă de acest certificat,

trebuind a exista motive temeinice de excludere, care trebuie analizate în concret, motive care țin de încălcări grave ale contractului.

Menținând argumentația CNSC din decizia amintită anterior, prevederea legală invocată de către contestator, respectiv art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016, este foarte clară și lipsită de echivoc, fiind citată.

Așadar, cât timp certificatul atestă încetarea anticipată prin rezilierea contractului, sunt neîntemeiate argumentele intervenientului în conformitate cu care încălcările nu ar fi fost suficient de grave, de natură a obliga autoritatea să dispună excluderea.

De altfel, este evident ceea ce intervenientul încearcă cu promovarea litigiului ce face obiectul dosarului nr. 25137/3/2020, de pe rolul Tribunalului București - Secția a VI-a Civilă.

Astfel, intervenientul încearcă menținerea prin orice mijloace a acestui dosar pe rolul instanței, până la expirarea termenului de 3 ani prevăzut de art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În tot acest timp, deși certificatul nu este anulat de instanță și nici suspendat, intervenientul participă la licitații, invocând existența acestui litigiu, iar în măsura în care autoritățile contractante admit acest punct de vedere, intervenientul eludează practic dispozițiile legale care nu i-ar permite să participe la aceste proceduri.

Având în vedere toate argumentele expuse, ... SRL solicită CNSC admiterea contestației astfel cum a fost formulată, precum și permisiunea de a studia dosarul achiziției publice, prealabil dezbaterilor.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 66027/17.12.2021, ... SRL transmite Concluzii Scrise, prin care evocă următoarele, fără a reitera cele deja menționate în cererea de intervenție:

Autoritatea contractantă confirmă faptul că a analizat situația sa din documentul constatator și a concluzionat că dă dovadă de credibilitate, motiv pentru care a considerat că oferta este acceptabilă.

Așa cum rezultă din punctul de vedere al autorității contractante, justificarea deciziei de admitere a ofertei intervenientului este corectă și se raportează la următoarele elemente relevante:

- s-a considerat că nu se justifică condiția privind „gravitatea faptei”, având în vedere că nu a existat niciun prejudiciu.
- s-au luat măsuri de remediere prin acțiunile în justiție probate;
- nu a existat o repetabilitate a încălcării;
- operatorul economic a derulat/derulează nenumărate contracte de achiziții publice, ceea ce face ca acest document constatator să nu reprezinte o trăsătură dominantă în activitatea sa;
- raportat la aceste aspecte, s-a analizat credibilitatea operatorului economic și s-a considerat că acesta a dovedit-o.

În atare situație, se confirmă cele invocate în cadrul cererii de intervenție, respectiv că autoritatea contractantă a ținut seama de particularitatea situației și de activitatea pe care a derulat-o de aproape 30 de ani (societatea a fost înființată în 1993), în care nu au existat abateri sau nerespectări ale obligațiilor contractuale și de faptul că și-a dovedit credibilitatea prin mai multe măsuri:

- prin expunerea situației invocate în documentul constatator nr. 13597/16.05.2019, care arată că a livrat un produs conform, iar decizia Spitalului Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu Oradea, este luată într-un mod arbitrar.

- prin criticarea așa-zisei calificări a produsului drept neconform în cazul Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019.

- prin multitudinea de documente constatatoare pozitive (un număr de cel puțin 144).

- prin aceea că nu a existat niciun prejudiciu invocat de către Spitalul Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu Oradea.

Suplimentar, soluția de admitere a ofertei intervenientului este și mai justificată prin aceea că produsul livrat către Spitalului Clinic Municipal Dr. Gavril Curteanu Oradea și care face obiectul documentului constatator în cauză, este același cu cel oferit și acceptat în urma evaluării, iar în procedurile ulterioare având același obiect, această autoritate contractantă a ignorat propriul document constatator și a încheiat contract cu acesta, având ca obiect același produs pe care l-a refuzat în contractul nr. 1847/22.01.2019, confirmând că a dovedit credibilitatea față de aceasta să analizeze și să se pronunțe, din moment ce:

- intervenientul nu avea obligația să îl includă în DUAЕ, întrucât nu a avut cunoștință de el, nefiindu-i comunicat de către autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator.

- din documentul constatator rezultă că nu se încadrează în situația reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere următoarele:

- nu s-au încălcat grav/repetat obligațiile contractuale.

- dacă s-ar interpreta că s-am fi încălcat obligațiile contractuale, atunci ce-a de-a două condiție premisă nu ar fi îndeplinită, întrucât nu a încetat anticipat contractul și nici nu au existat prejudicii sau sancțiuni similare. Așadar, nu sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, devine clar că situația de fapt și de drept aferentă documentului constatator nr. A-6936/19.12.2018 nu se circumscrie premiselor dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, încât nu există obligativitatea de a include în DUAЕ acest document constatator.

Așadar, decizia autorității contractante este una corectă, aceasta a analizat situația de fapt și de drept și a considerat că intervenientul își dovedește credibilitatea față de situația menționată în DUAЕ, iar raportat la celălalt document constatator, s-a dovedit că acesta nu avea obligația de a include în DUAЕ mențiuni față de acesta.

Ofertantul ... SRL este un operator economic înființat în aprilie 2021, care nu are experiență în domeniu, dar care dorește să fie eliminat din proceduri un operator economic cu o activitate de aproape 30 de ani, care are o experiență vastă în livrarea tipurilor de produse care fac obiectul contractului.

Din Certificatul Constatator emis de către Oficiul Registrului Comerțului, de la dosar, rezultă că această societate a fost înființată în data de

09.02.2021 iar procedura de atribuire a fost publicată în SEAP în data de 17.08.2021.

Deci la nici 6 luni de la înființare, acest operator economic participă la o procedură la care nu deține experiență similară.

În vederea participării la procedura de atribuire, acesta a apelat la un alt operator economic, terț susținător, respectiv ... SRL, cu care pretinde să dovedească experiența similară solicitată în prezenta procedură.

Or, analizând documentele de la dosar, se poate observa că pe lângă faptul că respectivul contestator nu are experiență deloc, nici ... SRL nu dovedește experiență similară în această procedură de atribuire.

Este adevărat că ... SRL este un distribuitor de produse medicale, însă în prezenta procedura, nu a dovedit experiență similară, având în vedere următoarele:

- obiectul contractului ce urmează a fi atribuit este reprezentat de livrarea mai multor tipuri de produse, așa cum rezultă din caietul de sarcini: mânuși pentru protecție termică, ochelari protecție, spray lubrifiant pentru întreținerea instrumentarului, soluție pentru lustruirea și menținerea suprafețelor de inox, hârtie absorbție/protecție în fața de ambalare a instrumentarului 30x60 cm.

- potrivit cerinței de la Cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională: *„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat. Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească faptul că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. (...) cel puțin un contract de furnizare din ultimul an calendaristic”.*

- contractele depuse pentru dovedirea experienței similare (Contractul ... SRL nr. 435/03.02.2020 și Contractul nr. 8127/05.03.2021) au ca obiect livrarea următoarelor produse: ribon și role sterilizate, benzi adezive, role hârtie termică, produse cu totul diferite față de ceea ce urmează a se livra în prezentul contract.

Așadar, contestatorul, care nu are experiență și care a încercat să apeleze la un terț susținător, care în egală măsură nu are experiență în ceea ce privește livrarea tipului de produse care fac obiectul procedurii, dorește să elimine un operator economic care are o experiență vastă în ceea ce privește livrarea acestor tipuri de produse, pentru simplul fapt că din cel puțin 144 de contracte încheiate (așa cum rezultă din situația documentelor constatatoare pozitive din SEAP) într-unul s-a invocat așa-zisa încălcare a obligațiilor contractuale, dar față de care există un litigiu (deci nu o certitudine).

În atare situație, devine evident că, raportat și la situația contestatorului, sancțiunea respingerii ofertei invocată de acesta, deși intervenientul consideră că dovedește credibilitatea în raport de situația personală și de situațiile prezentate în documentele constatatoare, nu ar fi una justă, ba chiar disproporționată față de efectele create.

Așadar, prin eliminarea intervenientului, raportat la aspecte disproporționate, incerte și minore, s-ar încheia contractul cu singurul ofertant rămas în procedură și care nu are experiență, astfel încât necesitatea și scopul urmărit de către autoritatea contractantă nu ar putea fi atins.

Concluzionând, ... SRL solicită CNSC admiterea cererii de intervenție formulată, constatarea veridicității aspectelor criticate de intervenient și, pe cale de consecință, să se decidă în sensul celor solicitate.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii *acordului-cadru*, divizat pe loturi, având ca obiect „Materiale consumabile cu specific de dezinfecție și protecție instrumentar în vederea sterilizării”, cod CPV 33140000-3 Consumabile medicale (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare, pentru lotul 1, este cuprins între 112.680 și 217.080 lei fără TVA.

Prin *Procesul-verbal nr. 43786/10.11.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, s-a consemnat faptul că la procedura de atribuire s-au depus 2 oferte, dintre care și cea a contestatoarei ... SRL.

Conform celor precizate în *Raportul procedurii nr. 44818/18.11.2021*, oferta ... SRL a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară în sumă de 156.999,20 lei, fără TVA.

Prin adresa nr. 11838/22.11.2021, autoritatea contractantă a transmis ofertantei contestatoare comunicarea rezultatului procedurii, pentru Lotul nr. 1, prin care i-a comunicat faptul că *oferta sa a fost declarată câștigătoare și clasată pe locul al doilea*.

Consiliul are în vedere că după depunerea contestației de către ... SRL, ... SRL a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie prin care a solicitat admiterea acesteia și respingerea contestației ca fiind neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii, prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, permiterea accesului la dosarul achiziției publice, potrivit dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, pronunțarea deciziei în prezentul dosar ulterior datei la care va fi asigurat accesul la dosarul cauzei, astfel încât să se poată uza de informațiile care nu au fost comunicate, care nu sunt opozabile în acest moment și la care are dreptul, precum și acordarea posibilității de a formula concluzii scrise în temeiul art. 21 din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la admiterea în principiu a Cererii de intervenție voluntară accesorie fără număr de înregistrare la emitent și nedatată, înregistrată la CNSC cu nr. 64934/13.12.2021, formulată de ... SRL, având în vedere faptul că interesul acestui ofertant, este evident, ofertantul intervenient urmărind conservarea dreptului de câștigător al procedurii, Consiliul o va admite în principiu și, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., o califică drept cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Se reține că autoarea intervenției ... SRL a invocat în cuprinsul cererii de intervenție formulate o serie de excepții, respectiv:

- *excepția inadmisibilității petitelor nr. 2 și nr. 3 formulate de SC ... SRL, solicitându-vă să admiteți excepția și să respingeți aceste petite ca fiind inadmisibile;*

- *excepția lipsei de interes a petitului nr. 1 ca efect a admiterii excepției inadmisibilității petitelor nr. 2 și nr. 3 formulate de SC ... SRL;*

- *excepția nemotivării contestației, și să respingeți contestația față de "neconformitatea ofertei subscrisei" ca nemotivată,*

astfel Consiliul va cerceta cu întâietate potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 excepțiile invocate.

Se reține că prin contestația formulată, ... SRL. solicită următoarele:

- *anularea parțială a Raportului procedurii referitor la licitația menționată mai sus, în ceea ce privește Lotul nr. 1 -Materiale pentru protecție personal/instrumentar, a adresei înregistrate la autoritatea contractantă sub nr. 11838/22.11.2021, precum și a oricărui alt document subsecvent/anterior, în ceea ce privește soluția admiterii ofertei SC ... SRL și clasării acesteia pe locul nr. 1 și a clasării subscrisei pe locul nr. 2 în ceea ce privește acest lot;*

- *excluderea ofertei prezentate de SC ... SRL în ceea ce privește Lotul. Nr. 1, ca neconformă, întrucât aceasta nu satisface în mod corespunzător cerințele Caietului de sarcini - Specificații tehnice Lot 1, având în vedere dispozițiile art. 215 alin.(5) coroborat cu art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;*

- *finalizarea, în consecință, a procedurii de achiziție privind încheierea Acordului cadru de furnizare materiale consumabile cu specific de dezinfecție și protecție instrumentar în vederea sterilizării în ceea ce privește Lotul nr. 1 cu singura ofertă conformă rămasă, cea a subscrisei SC ... SRL, ofertă deja declarată câștigătoare și ocupantă a locului nr. 2 privind acest lot".*

Referitor la solicitările adresate de autoarea contestației la petitele 2 și 3, mai sus reținute, Consiliul constată inadmisibilitatea acestora. În stabilirea acestei finalități, se are în vedere faptul că potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016:

"(2) Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate:

- pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte.

- obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă;

- anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat".

Iar potrivit dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. b), j), k) și m) din H.G. nr. 395/2016 care stipulează următoarele:

„În raport cu sarcinile și responsabilitățile, **comisia de evaluare are**, în ansamblu, **următoarele atribuții:**

(...);

b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați;

(...)

j) stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile;

(...)

m) stabilirea ofertei/ofertelor câștigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii (...)".

raportat la competențele Consiliului conferite de legislația în vigoare în materia achizițiilor publice, stabilirea ofertelor admisibile (și respectiv desemnarea operatorului economic câștigător) constituie atributul exclusiv al autorității contractante, Consiliul fiind competent să examineze, din punct de vedere al legalității și temeiniciei, actele atacate.

În raport de cele mai sus reținute se constată temeinicia excepției inadmisibilității petitelor nr. 2 și nr. 3 din contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul urmând a respinge aceste petite ca fiind inadmisibile.

În ceea ce privește *excepția lipsei de interes a petitelui nr. 1 ca efect a admiterii excepției inadmisibilității petitelor nr. 2 și nr. 3 formulate de SC ... SRL*, Consiliul constată netemeinicia acesteia din considerentele mai jos expuse.

Argumentele aduse de autoarea intervenției în susținerea excepției invocate se bazează pe următoarele aspecte:

- *dacă se admite excepția inadmisibilității petitelor nr. 2 și nr. 3 atunci "anularea parțială a Raportului procedurii" nu mai determină niciun folos practic întrucât această solicitare nu este însoțită de solicitarea de obligare a Autorității contractante să ia măsuri de remediere în sensul reevaluării ofertelor și a stabilirii unui nou clasament;*

- *din moment ce dispozițiile art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 limitează Consiliul la respectarea principului disponibilității, deci la ceea ce contestatoarea a solicitat, și în același timp doar la cele 3 soluții reglementate, devine evident că DOAR solicitarea de anulare a unu act emis de Autoritatea contractantă, fără solicitarea de a fi obligată să ia măsuri de remediere este lipsită de interes.*

Consiliul va reține și susținerile autoarei contestației, în replică la precizările societății interveniente, precum că *prin absurd, chiar daca nu ar fi fost solicitata masura excluderii ofertei intervenientei (capatul 2 de cerere), autoritatea contractanta, dupa momentul la care Raportul procedurii ar fi anulat pentru motivele expuse de subscrisa, ar fi fost obligata sa continue procedura (capatul nr. 3 de cerere) in singurul mod posibil, respectiv prin excluderea ofertei depuse de intervenienta si declararea castigatoare de pe locul 1 a ofertei depuse de subscrisa.*

Într-adevăr obiectul contestației formulate de SC ... SRL, este anularea parțială a Raportului procedurii în ceea ce privește Lotul nr. 1 - Materiale pentru protecție personal/instrumentar. Faptul că autoarea contestației nu a precizat în cuprinsul petitelui, că solicită și dispunerea de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere (în sensul reevaluării ofertelor și a stabilirii unui nou clasament) nu este de natură a aprecia lipsa interesului petitelui formulat de SC ... SRL, întrucât în ipoteza în care Consiliul admite contestația și dispune anularea raportului procedurii de atribuire, consecința acestei soluții conduce la adoptarea de către achizitoarea a măsurilor de remediere care constau în reevaluarea ofertelor și stabilirea unui nou clasament în vederea finalizării procedurii.

Aceeași concluzie de netemeinicie va fi reținută de Consiliu și vizavi de *excepția nemotivării contestației, și respingerea contestației față de "neconformitatea ofertei subscrisei" ca nemotivată.*

Intervenienta ... SRL argumentează excepția invocată, a nemotivării contestației, pe motiv că solicitarea de excludere a ofertei depuse *ca fiind neconformă raportat la dispozițiile art. 215 alin. (5) și 167 din Legea nr. 98/2016 este inadmisibilă având în vedere că o ofertă este neconformă pentru motivele prevăzute de art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016.*

Este adevărat că invocarea de către societatea contestatoare în cuprinsul petitului 1, a dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care motivele invocate în susținerea criticilor formulate vizează cazurile de excludere prevăzute de dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, este eronată.

Însă se are în vedere că în cuprinsul petitului formulat sunt indicate și dispozițiile legale incidente situației descrise și supuse analizei Consiliului, art.167 din Legea nr. 98/2016, astfel că nu poate fi primită abordarea propusă de intervenientă vizavi de *inadmisibilitatea petitului formulat/ excepția nemotivării contestației*.

În considerarea celor antemenționate, sunt relevant de reținut ca fiind judicioase, precizările contestatoarei, aduse în replică la cele susținute de societatea intervenientă, respectiv:

"Motivul de fond invocat de subscrisa privitor la oferta intervenientei este cel menționat de art. 167 lit. g din Legea nr. 98/2016, respectiv „autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile".

Faptul ca acest motiv conduce la excluderea ofertei ca neconforma sau ca inacceptabila este o chestiune care tine la aprecierea Consiliului, inasa nu se poate sustine ca o presupusa gresita calificare a unui motiv de excludere (oferta neconforma sau inacceptabila) poate conduce la aprecierea ca nemotivata a contestației, asa cum in mod neintemeiat solicita intervenienta.

Este cert ca motivul principal de fond al contestației este faptul ca oferta intervenientei incalca dispozițiile art. 167 lit. g din Legea nr. 98/2016, precum si faptul ca subscrisa am solicitat excluderea acesteia ca urmare a acestei incalcari, calificarea juridica drept neconforma/inacceptabila trebuind a fi efectuata de catre membrii completului, avand in vedere si dispozițiile art. 68 din Legea nr. 101/2016 care stabilesc ca dispozițiile legii se completeaza cu cele ale Codului de procedura civila.

Or, in acest sens, art. 22 alin. 4 din Codul de procedura civila prevede ca Judecătorelul dă sau restabilește calificarea juridică a actelor si faptelor deduse judecătorei, chiar dacā părțile le-au dat o altă denumire".

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform căroră „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea societății contestatoare SC ... SRL și

societății interveniente ... SRL, de studiere a dosarului cauzei, ofertantele prezentându-se, în acest sens, la sediul CNSC, concluziile scrise fiind transmise de către ... SRL, cu actul nr. fără nr. de înregistrare la emitent, înregistrat la Consiliu sub nr. 66027/17.12.2021 și de către SC ... SRL cu actul înregistrat la Consiliu sub nr. 65998/17.12.2021.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea de evaluare de către autoritatea contractantă a ofertei ... SRL și declararea acesteia drept câștigătoare, pentru Lotul nr. 1. Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de excluderea ofertei prezentate de SC ... SRL în ceea ce privește Lotul nr. 1, ca neconformă, întrucât în opinia contestatoarei, aceasta nu satisface în mod corespunzător cerințele Caietului de sarcini - Specificații tehnice, Lot 1, având în vedere dispozițiile art. 215 alin. (5) coroborat cu art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Se reține faptul că, la pct. III.1.1 a) în cadrul fișei de date s-au impus ofertanților următoarele:

Cerinta nr. 1 - Informatii privind neincadrarea **in prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016** privind achizițiile publice cu modificarile si completarile ulterioare; Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator, subcontractant-daca este cazul) va completa cerinta corespunzatoare din formularul DUAE.

Cerinta nr. 2 - **Informatii privind neincadrarea in prevederile art. 165 si art. 167 din Legea nr. 98 / 2016 privind achizițiile publice** cu modificarile si completarile ulterioare; Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator, subcontractant-daca este cazul) va completa cerinta corespunzatoare in formularul DUAE.

Cerinta nr. 3 - Declaratie privind neincadrarea in prevederile art. 59 si 60 din Legea nr. 98 / 2016 privind achizițiile publice cu modificarile si completarile ulterioare;

Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator, subcontractant-daca este cazul) va completa cerinta corespunzatoare in formularul DUAE din documentatia de atribuire SI SE VA ATASA DECLARATIA IN SEAP ODATA CU DUAE.

Documentele justificative care sustin cerintele 1 si 2 si care se vor prezenta doar de catre operatorii economici clasati pe primele 3 locuri - Indeplinirea obligatiilor exigibile de plata la bugetul consolidat al statului. Operatorul economic (lider, asociat, tert sustinator) va completa cerinta corespunzatoare in formularul DUAE din documentatia de atribuire. Pentru confirmarea celor declarate in DUAE se va solicita doar ofertantilor clasati pe primele 3 locuri dupa aplicarea criteriului de atribuire prezentarea pana la data incheierii raportului procedurii de atribuire a urmatoarelor documente (...).

Prin contestație, autoarea acesteia a susținut că ofertantul ... SRL, declarat câștigător, are emis pe numele său un Document constatatator nr. 13597/16.05.2019 la contractul subsecvenr nr.1847 din 22.01.2019 emis de Primăria Municipiului Oradea și a atașat contestației respectivul document constatatator. Vizavi de respectivul înscris, autoarea contestației susține că acesta atestă faptul că, contractul subsecvent mai sus reținut, a încetat anticipat prin reziliere, din cauza nerespectării de către SC ... SRL a calității, cantității și/sau tipului de produs oferat, calificativul pentru îndeplinirea contractului fiind „nesatisfăcător”.

Contestatoarea invoca în favoarea criticilor aduse Decizia nr. 2526/C9/2758/11.11.2021, în cadrul deciziei amintite Consiliul s-a pronunțat

în legătură cu același Document constatat nr. 13597/16.05.2019, care constituie motivul reclamat în prezenta cauză, reținând următoarele:

"Cu toate că ofertanta a atacat cu recurs Sentința civilă nr. 6740/16.10.2019, se constată că documentul constatat nr. 13597/16.05.2019 nu a fost anulat și nici suspendată aplicarea acestuia.

În acest context, comisia de evaluare avea obligația de a constata faptul că operatorul economic ... SRL și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul contractului de achiziții publice nr. 1847/22.01.2019, în condițiile în care acesta a fost reziliat, respectiv de a dispune excluderea acestuia din procedura de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin Decizia nr. 391 din 25 ianuarie 2018: "Așadar, în litigiul pendinte, curtea nu este abilitată să facă aprecieri cu privire la legalitatea și temeinicia notificării nr. D13/4/173/13.03.2017, emisă de Societatea Națională X, întrucât cererea privind anularea actului administrativ menționat anterior este de competența în primă instanță a Tribunalului București, SCAF, în baza art. 53 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 (...).

În aceste condiții, până la anularea definitivă sau suspendarea executării de către instanța competentă a Notificării nr. D13/4/173/13.03.2017, emisă de Societatea Națională X, curtea reține că efectele acesteia se impun cu forță juridică obligatorie, respectiv **rezilierea de drept, din culpa prestatorului, a acordurilor-cadru de prestări servicii (...).**

(...)

Așadar, curtea reține că **sunt întrunite cerințele prevăzute de art. 180 alin. 1 litera g din Legea nr. 99/2016 din 19 mai 2016** privind achizițiile sectoriale, **întrucât există o nerespectare gravă** de către SC X SRL, **a obligațiilor principale care îi reveneau** în baza Acordului Cadru de prestări servicii (...)."

Sunt de reținut și cele constatate de aceeași instanță prin Decizia nr. 2479/16.12.2020, în referire la documentele constatatoare, prin care a fost menținută decizia Consiliului nr. 1940/2020: "Nefondate sunt și susținerile petentei cu privire la neaplicarea în prezenta cauză a prevederilor art. 180 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 99/2016 vizând calificarea abaterilor profesionale grave din perspectiva dispozițiilor art. 180 alin. 6 din același act normativ, în condițiile în care rezultă din analiza documentelor invocate de autoritatea contractantă în cuprinsul adresei de respingere a ofertei petentei ca inacceptabile ... că anterior în cadrul relațiilor contractuale născute între părți în temeiul aplicării prevederilor OUG nr. 34/2006 și a încheierii unui contract/acord cadru de achiziție publică având ca obiect chiar același tip de prestări de servicii de salubritate a vagoanelor de călători acesta nu a fost finalizat prin încheierea unui contract subsecvent și prestarea acestor servicii pe întreaga perioadă contractuală asumată inițial de către petentă, în contextul invocării de către acesta a unui motiv de refuz al semnării contractului subsecvent și prin urmare a continuării prestării serviciilor (aspect pe care nu l-a contestat, rezultând din analizarea corespondenței atașată dosarului purtată între părți anterior rezilierii unilaterale a acordului cadru) care nu era întemeiat formal pe o clauză din contractul cadru, invocându-se imposibilitatea continuării executării contractului în aceste condiții, imposibilitate care însă nu a determinat de drept sau în temeiul contractului și obligativitatea pentru beneficiar a suspendării executării contractului, având forța juridică a unei legi între părți. În contextul naturii și scopului prestării serviciilor asumate astfel de către petenta **situație în care a fost reziliat acordul cadru încheiat între părți** urmare a neîndeplinirii de către prestator a unei obligații esențiale, aceea a continuării prestării serviciilor și a refuzului semnării celui de a doilea contract subsecvent, **o astfel de împrejurare fiind în mod corect calificată drept o încălcare grava a obligațiilor contractuale**, încălcare care a condus la încetarea anticipată a acordurilor-cadru".

Din verificarea DUAЕ-ului prezentat de ... SRL, la cap. C "*Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale*", rubrica "*Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*", se constată că ofertanta a precizat: "Răspunsul dumneavoastră? Pentru Documentul constatat primar [AD1007247] nr. 13597/16.05.2019 (emis pentru încetare anticipată fără prejudicii), a fost depusă plângere la autoritatea contractantă emitentă în data de 28.05.2019, prin care societatea noastră a solicitat suspendarea și revocarea documentului. Având în vedere lipsa unui răspuns favorabil din partea autorității contractante, societatea noastră s-a adresat instanțelor judecătorești pentru soluționarea

cauzei, fiind pe rol dosarele nr. 22324/3/2019 la Curtea de Apel București și dosarul nr. 25137/3/2020 la Tribunalul București, dosare în curs de judecare. Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)/. DA. Descriere: **Ne-am adresat instanțelor de judecată competente pentru revocarea acestuia**".

Din examinarea documentelor aflate la dosarul cauzei, se constată că împotriva Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019, indicat în DUAE, ofertanta a formulat plângeri la instanțele judecătorești, sens în care au fost constituite dosarele nr. 22324/3/2019 la Curtea de Apel București și 25137/3/2020 la Tribunalul București.

În referire la cauza care face obiectul dosarului nr. 22324/3/2019, Tribunalul București s-a pronunțat prin Sentința civilă nr. 6740/16.10.2019, prin care a respins acțiunea reclamantei ca neîntemeiată.

Față de cauza care face obiectul dosarului nr. 25137/3/2020, se constată că a fost stabilit termen de judecată 22.02.2022.

Împotriva Sentinței civile nr. 6740/16.10.2019, ... SRL a formulat recurs, la Curtea de Apel București, care a suspendat cauza până la soluționarea definitivă a dosarului nr. 25137/3/2020, de către Tribunalul București.

Din verificarea Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019 emis de Primăria Municipiului Oradea pentru Contractul nr. 1847/22.01.2019 se constată că acest contract a fost reziliat pentru *nerespectarea calității/ cantității/ și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu oferit*, fără a se indica prejudicii sau pagube, calificativul acordat pentru îndeplinirea contractului fiind *„nesatisfăcător”*.

Relevanță în soluționare prezintă următoarele dispoziții legale:

- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 **A**

publi /acordului-cadru

o

r

si

t

uaț

i

i: ... g) **operat**

sau repetat

obligat

i

il , al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior,

ia

c

o

n

t

r

a

ct, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 În sensul dispozițiilor alin. (1) lit.

g)

s

e

c

neexecutarea contractului, **livrarea**/prestarea/executarea **u**

/servicii/ lucrări

**car
desti**

- art. 171 din același act normativ (1) **O**

**e
c**

O aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire **poa**

**e
xc**

**I
udere.**

(2) **Î**

(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) **A**

vedere.

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

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

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

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant;

- art. 166 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 (1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză; (...)

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

(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.

(...)

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

Astfel că, în contextul dispozițiilor legale citate mai sus, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- 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 sanțiuni comparabile.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (1)-(3) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii și alin. (5) lit. b), 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 speță nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în sensul că nu se face dovada credibilității operatorului economic, la acest moment, documentul constatator fiind un act administrativ care produce efecte juridice.

Raționamentul conturat de autoarea intervenției și de autoritatea contractantă în favoarea faptului că ... SRL și-a dovedit **credibilitatea** în raport de motivele de excludere, astfel cum dispune art. 171 alin (1) din Legea nr. 98/2016, se bazează pe demersurile judiciare prin care operatorul economic a demonstrat ca le-a întreprins vis a vis de aspectul în discuție. Achizițarea a mai precizat că, asupra unei atari situații, autoritatea contractanta are un drept de apreciere conferit de alin (2) al art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Mai departe în ce privește gravitatea încălcării, autoritatea contractantă consideră că această condiție nu este îndeplinită, atâta vreme cât autoritatea emitentă a documentului constatator nu a suferit nici un prejudiciu prin încetarea anticipată a contractului, iar operatorului economic a adoptat măsuri de remediere prin acțiunile în justiție probate. De asemenea, nici repetitivitatea încălcării obligațiilor provenite din contracte de achiziție publică nu se verifică, Constatatorul primar nr. 13597/16.05.2019 fiind singular, în condițiile în care operatorul ofertant a avut/are în desfășurare numeroase contracte de achiziție publică ce decurg fără incidente în privința executării obligațiilor ce-i revin. Toate aceste aspecte sunt precizate de achizițoare în cadrul punctului de vedere formulat.

Autoarea intervenției ... SRL aduce o serie de argumente în favoarea faptului că, față de Documentul constatator nr. 13597/16.05.2019 aceasta nu se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că *"neconformitatea produsului nu este gravă din moment ce Spitalul clinic municipal "Dr. Gavril Curteanu" Oradea, emitentul documentului constatator, ne-a declarat câștigători și au încheiat contract cu subscrisa având ca obiect un produs (pat ATI) ce are aceeași structură ca produsul față de care s-a susținut că este neconform. Astfel, dacă însăși Autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator consideră că subscrisa și-a dovedit credibilitatea, o declară câștigătoare într-o procedură și recepționează un produs cu aceleași caracteristici atunci este evident că nici măcar față de aceasta așa-zisa încălcare invocată nu este considerată gravă",* aspecte față de care Consiliul nu se poate pronunța, în lipsa analizării acestor aspecte de către autoritatea contractantă.

Referitor la susținerea autoarei intervenției potrivit căreia în *"din documentul constatator 13597/16.05.2019 rezultă faptul că nerespectarea obligațiilor contractuale nu au produs prejudicii, deci atât timp cât nu s-au produs prejudicii, iar situația de fapt și de drept este în continuare în faza de judecată (deci nu există certitudine față de așa-zisa neconformitate a produsului ofertat) nu se poate considera că subscrisa și-a încălcat ÎN MOD CERT SI DEFINITIV obligațiile contractuale într-un mod grav (operând în acest caz prezumția de nevinovăție și incertitudine față de așa-zisele încălcări invocate în documentul constatator)",* Consiliul nu o poate reține în soluționare ca fiind relevantă, având în vedere faptul că legislația în domeniu, atât cea națională cât și cea comunitară s-a modificat în sensul că în cadrul noilor reglementări legiuitorul are în vedere o *"încălcare gravă"* chiar *"neregulile minore"* repetate care pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui și care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, și nu de o *"abatere gravă"* însoțită de existența unui *"prejudiciu grav"*. Este evident că, în condițiile în care deficiențele semnificative ale produselor furnizate le-a făcut inutilizabile pentru scopul propus (*nerespectarea calității/ cantității/ și/sau a tipului de produs, lucrare, serviciu ofertat*) și au condus la **rezilierea contractului**, acest fapt a fost de natură să producă prejudicii autorității contractante.

Faptul că, nerespectarea obligațiilor asumate de furnizorul ... SRL nu a condus la prejudicii și la calcularea de penalități, ci chiar la rezilierea contractului demonstrează existența abaterilor acestui operator economic în relația contractuală cu Primăria Municipiului Oradea, abateri de care autoritatea contractantă ar fi trebuit să țină cont, și să le evite în contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Din examinarea înscrisurilor întocmite de membrii comisiei de evaluare se reține faptul că în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 43786/10.11.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare* este consemnat în secțiunea dedicată evaluării ofertei depuse de ... SRL, punctul 3 - *Calificarea ofertanților, Motive de excludere/cerințe privind capacitatea de exercitare a activității profesionale*", privitor la cerința de la numărul 3, respectiv existența unor *"Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale,*

respectiv (...) încetare anticipată a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile":

- "răspuns operator economic - NU conform DUAЕ completat și atașat în SEAP".

Situația consemnată nu concordă cu informațiile precizate de ... SRL, în cuprinsul DUAЕ-ului, așa cum a fost mai sus reținut, răspunsul ofertantei a fost *"DA"* și a fost descrisă situația Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019.

În lipsa efectuării oricărei analize și oricărui demers vizavi de existența documentului constatator și implicit a abaterilor consemnate în acesta fără să aprecieze în niciun fel credibilitatea societății contestatoare dobândită prin eventualele măsurile adoptate conform art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că, prin modalitatea formală în care a evaluat oferta depusă de ... SRL, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit în mod corespunzător atribuțiile prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) și k) din H.G. nr. 395/2016, criticile contestatorului referitoare la acest aspect urmând a fi admise.

Așadar cele raționate de autoritatea contractantă în cadrul punctul său de vedere vizavi de verificările întreprinse nu pot fi reținute de Consiliu, autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertanta ... SRL, aspectele constatate ca urmare a consultării Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019, pentru a obține informații și documente din care să rezulte, cu certitudine, îndeplinirea condițiilor prevăzute de dispozițiile legale amintite în lipsa acestora concluzia achizitoarei precum că *"Verificând realitatea acestor informații pe portalul instantelor www.just.ro, informațiile comunicate de operatorul economic s-au confirmat, conform înscrisurilor anexate (filele 11-13), autoritatea contractanta a constatat realitatea acestora, dosarul de la Tribunalul București având termen la 02/02.2022, dosarul Curții de Apel București fiind suspendat pana la soluționarea definitiva a dosarului aflat pe rolul Tribunalului. In acest context, SCUB, in calitate de autoritate contratanta, a considerat oferta acceptabila, drept pentru care a fost admisa"* fiind netemeinică.

Contrar celor susținute de contestatoare precum că *față de existența acestui document constatator, opozabil chiar autorității contractante, având în vedere încărcarea acestuia în SEAP, aceasta din urmă era obligată, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, să excludă din procedură oferta SC ... SRL*, Consiliul reține că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a oricărui operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și a furnizorului /prestatorului/executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului.

Măsura excluderii ca urmare a incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 poate fi luată de autoritatea contractantă pe baza unor dovezi clare, certe, din care să rezulte fără dubiu că sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de dispozițiile legale.

Din coroborarea dispozițiilor legale invocate, rezultă că nu orice neîndeplinire a unor clauze contractuale poate să genereze aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, după cum nu orice document constatator trebuie să conducă, *tale quale*, la respingerea ofertantului, legiuitorul impunând comisiei de evaluare verificarea îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la articolul respectiv. Legiuitorul impune emitentului certificatului o anumită procedură, și includerea anumitor elemente de fond ale certificatului, respectiv dacă 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.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante precizările autoarei intervenției, respectiv:

“Astfel, în materia achizițiilor publice legiuitorul a prevăzut expres faptul că în ciuda existenței unei situații prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, Autoritatea contractantă este obligată să analizeze credibilitatea ofertantului în fiecare caz în parte și poate decide acceptarea ofertei.

De aceea, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016 trebuie să i se dea șansa ofertantului să dovedească că în situația respectivă nu exista certitudine fata de “nerespectarea obligațiilor” și astfel Autoritatea contractanta poate să considere că ofertantul dovedește credibilitatea, indiferent dacă are un document constatator.

Totodată acesta este și motivul pentru care la art. 171 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 se precizează că doar atunci când exista o decizie definitivă prevederile art. 171 nu se aplica.”

Astfel, Consiliul determină că asupra temeiniciei/netemeiniciei criticilor aduse de ... SRL în referire la documentul constatator reclamat, autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare doar în urma unei analize, poate lua decizia dacă menține sau nu operatorul în procedură.

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

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 infracțiuni sau prin abateri, 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".

În acest context, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare ar fi trebuit în virtutea rolului activ să procedeze la efectuarea verificărilor prevăzute la art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016.

În referire la existența unui alt documentului constatator, respectiv cel emis de către Ministerul Apărării Naționale - UM 02417 Focșani sub nr. A-6936/19.12.2018, prin care se atestă faptul că ofertantul nu a îndeplinit contractul în mod corespunzător, produsele contractate fiind livrate cu întârziere raportat la termenul de livrare asumat, invocat de societatea contestatoare în favoarea faptului că ofertanta SC ... SRL trebuia exclusă, se constată că nu există nicio informație cu privire la data săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant, pentru a se putea verifica incidența sau nu a prevederilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv existența sau nu a obligației de a indica în DUAE respectivul document constatator, și implicit dacă societatea ... SRL se face vinovată de nerespectarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Raționamentul conturat de societatea intervenientă vizavi de neindicarea în cadrul documentului DUAE a Documentului constatator A-6936/19.12.2018 se bazează pe faptul că acest înscris nu a fost adus acestuia la cunoștință de autoritatea contractantă emitentă:

"Documentul constatator nr. A-6936/19.12.2018 nu a fost comunicat subscrisei înainte de completarea și depunerea DUAE sub nicio formă (nici în format letric, nici în format electronic), astfel încât aceste informații nu sunt opozabile.

Contrar prevederilor art. 2 alin. (4) și (5) lit. f), a art. 166 alin. (3) din HG - 395/2016, autoritatea contractantă Unitatea Militară 02417 Focșani nu a transmis documentul constatator mai sus menționat, și ca atare subscrisea nu am avut cunoștință de existența unui asemenea document."

Se constată în aceste condiții obligația autorității contractante de a clarifica acest aspect cu ofertanta, vizavi de efectuarea verificărilor prevăzute la art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016, din acest punct de vedere critica contestatoarei este considerată întemeiată.

În raport de toate aspectele anterior reținute se constată că evaluarea realizată de autoritatea contractantă a înregistrat abateri de la cadrul legal, impunându-se clarificarea cu ofertanta ... SRL, vizavi de măsurile adoptate de aceasta pentru demonstrarea în concret a credibilității vizavi de aspectele care au condus la emiterea Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019 și a Documentului constatator nr. A- 6936/19.12.2018.

Numai în măsura în care ofertanta ... SRL, poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele care pot atrage excluderea, potrivit dispozițiilor art. 171 din legea nr. 98/2016, iar autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic ca fiind

suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

Așadar se constată temeinicia în parte a celor reclamate de ... SRL sub aspectul anulării parțiale a Raportului procedurii vizavi de evaluarea ofertei SC ... SRL

Acestea fiind, în contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ... pentru Lotul nr. 1.

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 43786/10.11.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, în partea referitoare la evaluarea ofertei SC ... SRL și toate actele subsecvente acestuia pentru Lotul nr. 1.

Anulează, în parte, *Raportul procedurii nr. 44818/18.11.2021*, respectiv mențiunile referitoare la oferta prezentată de SC ... S.R.L pentru Lotul nr. 1.

Anulează adresele de comunicare a rezultatului procedurii transmise ofertanților participanți la prezenta procedură de atribuire pentru Lotul nr. 1.

Obligă ..., ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, să procedeze la analizarea Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019 și a Documentului constatator nr. A- 6936/19.12.2018 emise de Municipiul Oradea privind derularea de către SC ... SRL a Contractului subsecvent nr. 1847/22.01.2019 cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Respinge ca inadmisibile petitele 2 și nr. 3 din contestația formulată de SC ... SRL, referitoare la *"excluderea ofertei prezentate de SC ... SRL în ceea ce privește Lotul. Nr. 1, ca neconformă (...)"* și *"finalizarea, în consecință, a procedurii de achiziție privind încheierea Acordului cadru de furnizare materiale consumabile cu specific de dezinfecție și protecție instrumentar în vederea sterilizării în ceea ce privește Lotul nr. 1 cu singura ofertă conformă rămasă, cea a subscrisei SC ... SRL (...)"* și ca nefondate excepția *"lipsei de interes a petitului nr. 1 din contestație"* și excepția *"nemotivării contestației față de "neconformitatea ofertei subscrisei"(...)."*

În ceea ce privește Cererea de intervenție voluntară accesorie fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la CNSC sub nr. 64934/13.12.2021 formulată de SC ... SRL pentru Lotul nr. 1, având în vedere admiterea contestației formulate de ... SRL, Consiliul o va respinge, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepțiile inadmisibilității petitelor nr. 2 și 3 din contestația formulată de ... SRL, invocate de intervenienta SC ... SRL și respinge ca inadmisibile petitele 2 și nr. 3 din contestația formulată de SC ... SRL, referitoare la *"excluderea ofertei prezentate de SC ... SRL în ceea ce privește Lotul. Nr. 1, ca neconformă (...)"* și *"finalizarea, în consecință, a procedurii de achiziție privind încheierea Acordului cadru de furnizare materiale consumabile cu*

specific de dezinfecție și protecție instrumentar în vederea sterilizării în ceea ce privește Lotul nr. 1 cu singura ofertă conformă rămasă, cea a subscrisei SC ... SRL (...)"

Respinge ca nefondate excepția *"lipsei de interes a petitului nr. 1 din contestație"* și excepția *"nemotivării contestației față de "neconformitatea ofertei subscrisei"(...)"* invocate de intervenienta SC ... SRL

Admite, în parte, contestația formulată de către ... SRL, cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., pentru Lotul nr. 1.

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 43786/10.11.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, în partea referitoare la evaluarea ofertei SC ... SRL și toate actele subsecvente acestuia pentru Lotul nr. 1.*

Anulează, în parte, *Raportul procedurii nr. 44818/18.11.2021, respectiv mențiunile referitoare la oferta prezentată de SC ... SRL pentru Lotul nr. 1.*

Anulează adresele de comunicare a rezultatului procedurii transmise ofertanților participanți la prezenta procedură de atribuire pentru Lotul nr. 1.

Obligă ..., ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, să procedeze la analizarea Documentului constatator nr. 13597/16.05.2019 și a Documentului constatator nr. A- 6936/19.12.2018 emise de Municipiul Oradea privind derularea de către SC ... SRL a Contractului subsecvent nr. 1847/22.01.2019 cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Respinge, ca nefondată, Cererea de intervenție voluntară accesorie fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la CNSC sub nr. 64934/13.12.2021 formulată de SC ... SRL pentru Lotul nr. 1, cu sediul în ..., reprezentată convențional prin Cabinet Avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., cu privire la contestația formulată de către ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 34 (treizecișipatru) pagini.