

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

DECIZIE

Nr. 606/C1/447

Data: 22.03.2022

Prin contestația nr. 2475/2539/23.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 9738/23.02.2022 formulată de cu sediul în, str., județul, având cod unic de înregistrare RO4287939, reprezentată legal prin, împotriva rezultatului procedurii, emis de către cu sediul în, str., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Urmărire specială a lucrărilor de consolidări și a construcției” cod CPV 71247000-1, s-a solicitat:

1. să se dispună măsuri de remediere constând în anularea raportului de evaluare nr. 3706/16.02.2022 și a tuturor actelor care au stat la baza încheierii raportului procedurii și a tuturor comunicărilor privind rezultatul.

2. admiterea contestației și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse.

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

În fapt, contestatorul arată că autoritatea contractantă a inițiat procedura pentru atribuirea contractului „Urmărire specială a lucrărilor de consolidări și a construcției” publicând anunțul de participare simplificat nr. SCN1097179.

De asemenea arată că în conformitate cu raportul procedurii singura oferta a fost cea depusă de

Contestatorul precizează că în perioada de evaluare a ofertei depuse i-a fost transmisă solicitarea de clarificare nr. 31377/23.12.2021 având termen limită de răspuns data de 29.12.2021. Răspunsul de clarificare a fost transmis în termenul limită, semnat cu semnătură electronică extinsă la data de 28.12.2021.

Contestatorul susține că prin solicitarea de clarificare comisia de evaluare a cerut punctul de vedere al Universității din cu privire la faptul că managerul este angajat al Universității din Arată că solicitarea se motivează în temeiul art. 59 din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la acest aspect arată că prin răspunsul de clarificare a transmis punctul de vedere al Universității din menționând faptul că nu consideră aplicabile prevederile Legii nr. 98/2016 cu privire la conflictul de interese având în vedere faptul că managerul nu deține părți sociale/acțiuni, nu face parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare al Universității din

Precizează că CV-ul d-nei manager se regăsește la adresa <https://cloud.uoradea.ro/index.php/s/6xidxyTaKO4YzN9>.

Ca urmare a celor menționate anterior și a documentelor anexate, solicită Consiliului următoarele:

- să dispună autorității contractante măsuri de remediere constând în anularea raportului procedurii și a tuturor actelor care au stat la baza întocmirii acestuia;

- admiterea contestației și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse.

În drept, își întemeiază prezenta contestație pe dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016 actualizată.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 11866/07.03.2022, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207876441/1, tranzacția nr. 1182099177/1998025289 din data de 02.03.2022 eliberată de CEC Bank - Sucursala, în cuantum de 9.870,00 lei.

Prin adresa nr. 4654/25.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 10108/25.02.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere, cu privire la contestația formulată de

Autoritatea contractantă precizează că art. 58 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prevede faptul că „pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici”.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că în luarea deciziei a avut în vedere, art. 59 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care definește conflictul de interese ca fiind „orice situație în care membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot

influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire”.

Având în vedere faptul că numita are atât calitatea de salariat al Universității din, cât și calitatea de manager al, iar aceasta va aproba și semna atât înscrisuri privind contractele cât și raportul de atribuire, autoritatea susține că deși a avut un singur participant, comisia de evaluare a luat decizia de a descalifica ofertantul.

Totodată, anexează în copie dosarul achiziției publice.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „Urmărire specială a lucrărilor de consolidări și a construcției ” cod CPV 71247000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr. SCN1097179 din 16.11.2021. Conform cap. II.1.5 din anunțul de participare simplificat, valoarea estimată a procedurii este 493.500,00 lei fără TVA. Potrivit cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Analizând obiectul contestației, se reține că acesta îl constituie decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire motivat de faptul că ar fi în conflict de interese datorită numitei care are atât calitatea de salariat al contestatorului cât și calitatea de manager al autorității contractante, motiv pentru care Consiliul îl va analiza prin raportare atât la prevederile documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, având a determina în ce măsură motivul de anulare a procedurii constând în: *„conflict de interese datorită numitei care are atât calitatea de salariat al contestatorului cât și calitatea de manager al autorității contractante”*, se încadrează în unul din împrejurările/ situațiile expres și limitativ prevăzute de lege în care este permisă anularea unei proceduri de atribuire, Consiliul reține ca fiind aplicabile, prevederile **art. 212 din Legea nr. 98/2016**, care stipulează următoarele :

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);”.

e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă”.

De asemenea, sunt relevante în soluționarea prezentei cauze și următoarele dispoziții legale referitoare la conflictul de interese :

- art. 58 din Legea nr. 98/2006: „Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare de a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici”;

- art. 126 alin. (1) și (10) din HG nr. 395/2006: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a desemna, pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor cadru, persoane responsabile pentru evaluarea ofertelor și după caz, a solicitărilor de participare, care se constituie într-o comisie de evaluare.

(...)

(10) Autoritatea contractantă **are dreptul de a înlocui** un membru al comisiei de evaluare cu un membru de rezervă numai dacă persoana care urmează să fie înlocuită nu are posibilitatea, din motive obiective de a-și îndeplini atribuțiile care rezultă din calitatea de membru al comisiei de evaluare”;

- art. 130, alin. (3) și (5) din HG nr. 395/2006: „(3) În cazul în care unul dintre membrii desemnați **în comisia de evaluare sau unul dintre experții cooptați** constată că se află într-o situație de conflict de interese, atunci acesta are obligația de a solicita de îndată înlocuirea sa din componența comisiei respective cu o altă persoană.

(5) În cazul în care sunt sesizate astfel de situații, autoritatea contractantă are obligația de a verifica cele semnalate și, dacă este cazul, de a adopta măsurile necesare pentru evitarea/**remedierea oricăror aspecte care pot determina apariția unui conflict de interese**”.

Consiliul reține că procedurile de atribuire reglementate de Legea nr. 98/2016 care transpune în dreptul național prevederile Directivei 2014/24/UE au ca scop unic încheierea unui contract de achiziții

publice/acord-cadru. Numai în **mod excepțional**, atunci când pe parcursul procedurii de atribuire survin circumstanțe care împiedică încheierea contractului, este posibilă nefinalizarea procedurii de atribuire prin încheierea unui contract/acord-cadru.

Prin urmare, potrivit art. 1 alin. (1) și (2) din Directivă, încheierea contractului de achiziții publice este scopul și rezultatul procedurii de atribuire, neputând fi concepută o procedură care să nu se finalizeze cu încheierea unui contract, cu excepția cazurilor în care acest lucru nu este posibil din motive independente de voința autorității contractante, aspect subliniat în legislația națională prin prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care statuează regula conform căreia: *„Autoritatea contractantă are obligația de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare*

Consiliul va reține că, prin excepție de la această regulă, potrivit art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire pentru **cinci motive expres și limitativ** prevăzute de lege printre acestea neregăsindu-se motivul datorat situației în care managerul autorității contractante este și salariat al unui ofertant, deoarece legiuitorul a prevăzut în mod expres că în astfel de situații este posibilă remedierea procedurii, în speță atribuțiile managerului de spital puteau fi delegate în cazul acestei proceduri unei alte persoane din cadrul autorității contractante, astfel încât să fie înlăturată orice fel de situație generatoare de conflict de interese.

Mai mult, acest raționament se regăsește și în articolul de lege invocat de autoritatea contractantă, respectiv **art. 167 alin. (1) lit. e)** din Legea nr. 98/2006, care stipulează că autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: *„e) se află într-o situație de conflict de interese în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe”*.

Faptul că art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 prevede posibilitatea anulării procedurii de atribuire *„dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”* trebuie interpretată în contextul anterior invocat, în care anularea procedurii este o excepție de la regula generală, survenită din motive independente de voința autorității contractante, situație care nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării deoarece pretinsa situație de conflict de interese putea fi remediată prin măsuri mai puțin severe, respectiv prin **delegarea atribuțiilor managerului** în cazul acestei proceduri unei alte persoane din cadrul autorității contractante; această remediere putând fi realizată cu atât mai mult cu cât managerul de spital nu este unul dintre membrii desemnați în comisia de evaluare sau unul dintre experții cooptați, astfel

cum prevăd dispozițiile art. 130 alin. (3) mai sus iterate; considerațiile anterior menționate fiind pe deplin conforme cu prevederile Strategiei naționale în domeniul achizițiilor publice adoptată prin HG nr. 901/2015, relevante fiind următoarele: *„De principiu, persoana potențial afectată de conflictul de interese ar trebui exclusă din procedura respectivă. Acest lucru înseamnă că acea persoană nu va primi sarcini legate de respectiva procedură, **fiind eliberată de orice responsabilități legate de procedură**, și ar trebui să se retragă în mod voluntar de la orice implicare directă sau indirectă”*.

Prin urmare autoritatea contractantă nu are opțiunea de a nu încheia contractul în urma derulării procedurii de atribuire, de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii (a se vedea în acest sens prevederile art. 145 din HG nr. 395/2016) și nici de a stabili situații în care procedura ar fi anulată, fără încheierea contractului, și care ar depinde de acțiunea sau inacțiunea autorității contractante. În acest mod ar fi adăugate obstacole nejustificate pentru accesul operatorilor economici la procedurile de achiziții publice.

Potrivit paragrafului 46 din hotărârea pronunțată de **CJUE în cauza C-451/08 Herman Müller**: *„Noțiunea de contract este esențială în cadrul definiției domeniului de aplicare al Directivei 2004/18. După cum se menționează în considerentul (2) al directivei amintite, aceasta are ca obiect aplicarea normelor de drept ale Uniunii în cazul atribuirii contractelor încheiate în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public”*.

Potrivit paragrafului 37 din hotărârea **CJUE pronunțată în cauza C-26/03 Stadt Halle**, aplicarea dreptului unional de către autoritatea contractantă nu este opțională. Dacă scopul unic al organizării procedurii de atribuire este încheierea unui contract de achiziții publice, niciun element al acestei proceduri nu ar putea face încheierea contractului dependentă de acțiuni sau omisiuni ale autorității contractante.

Față de aceste aspecte, Consiliul va reține incidența și a art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit căreia: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul să adopte nicio măsură cu scopul de a întârzia nejustificat procesul de evaluare a ofertelor, sau de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire, o asemenea abordare fiind considerată o încălcare a principiului asumării răspunderii prevăzut la art. 2 alin. (2) din Lege”*.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu-și poate invoca propria culpă, potrivit principiului de drept *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, izvorâtă din refuzul remedierii procedurii de atribuire, preferând să anuleze procedura, dând dovadă de un formalism excesiv, după o perioadă lungă de timp înăuntrul căreia s-au consumat

în bună măsură etape importante ale procedurii (depunerea ofertelor, deschiderea ofertelor etc.); nefiind localizată o culpă în sarcina lor, ofertanții nu pot fi prejudiciați printr-o hotărâre arbitrară a autorității contractante.

Prin urmare, anularea procedurii s-a făcut fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, ci este datorată doar culpei autorității contractante care a apreciat, în mod pur subiectiv, că se impune anularea procedurii, fără a proceda la remedierea ei și fără a ține seamă că numai existența unor împrejurări total independente de voința autorității contractante pot justifica anularea procedurii de atribuire potrivit art. 212 din Legea nr. 98/2016, deoarece actul normativ vorbește despre o imposibilitate, desigur că această imposibilitate nu se poate datora omisiunii remedierii propriiei proceduri; potrivit principiului de drept „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, autoritatea contractantă nu poate adăuga la lege excepții de anulare a procedurii de atribuire.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de, anulează raportul procedurii și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile să remedieze procedura de atribuire, să reevalueze oferta contestatorului cu respectarea prevederilor legale și a prezentei decizii și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de în contradictoriu cu, anulează raportul procedurii și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile să remedieze procedura de atribuire, să reevalueze oferta contestatorului cu respectarea prevederilor legale și a prezentei decizii și dispune continuarea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 7 (șapte) pagini