



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 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. 1300/C1/1324

Data: 30.07.2020

Prin contestația nr. 3498/06.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26864/06.07.2020, depusă de SC SRL, cu sediul în Municipiul, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. J32/1267/2016, având CUI, reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire emis de, cu sediul în, str. General Magheru Gheorghe, nr. 14, ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Achiziționarea lucrărilor de execuție pentru obiectivul de investiții: Reabilitarea termică a unor clădiri din cadrul Spitalului de Pneumoftiziologie - Dispensar”, cod CPV 45215140-0, s-a solicitat: anularea raportului procedurii nr. 10616/ 01.07.2020 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 10655/ 02.07.2020, prin care oferta a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 395/2016 și neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016, a părții relevante din raportul procedurii și comunicării, precum și a tuturor deciziilor și actelor incidente, anterioare și subsecvente; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin acceptarea documentelor depuse în cadrul răspunsurilor de solicitări de clarificări și continuarea procesului de evaluare a ofertei depuse în conformitate cu legislația în vigoare.

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

În fapt, contestatorul precizează că prin adresa nr. 9825/ 18.06.2020 i s-au solicitat următoarele clarificări: „Ați prezentat ca RTE pentru lucrări de instalații pe Sevestrean Dorel Nicolae, care este angajat al subcontractantului dvs. SC Pro Hart Group SRL, conform contract de muncă nr. 488/10.08.2018; autoritatea contractanta are încheiat

contract de servicii de dirigenție pentru Lucrările de execuție pentru obiectivul de investiții „Reabilitarea termică a unor clădiri din cadrul Spitalului de Pneumoftiziologie-Dispensar” cu SC FSM Consult SRL care are declarat diriginte de șantier pentru instalații pe dl. Sevestrean Dorel Nicolae. Vă rugăm să faceți dovada că nu vă aflați într-un potențial conflict de interese”. Prin adresa nr. 3440/22.06.2020, acesta explică faptul că subcontractantul SC PRO HART GROUP SRL, declarat în cadrul procedurii, că are o relație contractuală cu dl. Sevestrean Dorel Nicolae pe perioada nedeterminată începând cu data de 10.08.2018, scopul acestui contract fiind prestarea de servicii în cadrul societății, motiv pentru care prezumția privind un conflict de interese este exclusă.

De asemenea, arată că:

- dl. Sevestrean Dorel Nicolae nu apare în lista din fișa de date a achiziției, motiv pentru care prezumția privind un conflict de interese, este exclusă;
- în raportul procedurii nr. 10616/01.07.2020 se specifică faptul că expertul cooptat în comisia de evaluare a ofertelor este dl. Corfar Nicolae Sorin diriginte de șantier, reprezentat al SC FSM Consulting SRL;
- dl. Sevestrean Dorel Nicolae nu este angajat al SC FSM Consulting SRL;
- numele de Sevestrean Dorel Nicolae nu apare nici în fișa de date a achiziției, la secțiunea III - Informații juridice, economice, financiare și tehnice - III.1) CONDIȚII DE PARTICIPARE. - III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului și nici în Raportul Procedurii nr. 10616/ 01.07.2020, la punctul 3; așadar, nu se încadrează în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016;
- dl. Sevestrean Dorel Nicolae a fost numit în lista de personal al subcontractantului SC Pro Hart Group SRL ca Responsabil Tehnic cu Execuția lucrărilor de construcții (RTE);
- sunt invocate prevederile art. 50 din Legea nr. 10/195, precum și cele ale art. 17 slin. (1) din Regulament;
- dl. Sevestrean Dorel Nicolae nu a participat și nu a avut nici un aport în realizarea documentelor subcontractantului SC Pro Hart Group SRL și al ofertantului SC SRL deoarece funcția tehnică pentru care a fost nominalizat se referă la executarea contractului după ce acesta a fost atribuit și nu în timpul pregătirii ofertei conform Legii nr. 98/2016 Secțiunea 2: Definiții - art. 3 alin. (1) lit. hh).

Contestatorul precizează că prin adresa nr. 10123/24.06.2020 autoritatea contractantă i-a solicitat, în conformitate cu art. 170 din Legea nr. 98/2016, înlocuirea subcontractantului SC Pro Hart Group SRL, pentru SC SRL să nu se afle în situația aplicării art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016. SC SRL răspunde solicitării de clarificări prin adresa nr. 3469/29.06.2020, în care explică faptul că procentul lucrărilor prevăzute a fi executate de subcontractantul SC Pro Hart Group SRL este de 43,90% din totalul contractului de lucrări iar înlocuirea Subcontractantului SC Pro Hart Group SRL este extrem de

dificilă deoarece acesta ar însemna modificarea propunerii tehnice și financiare depuse de SC SRL, în cadrul procedurii, SC Pro Hart Group SRL contribuind semnificativ la întocmirea propunerii tehnice și propunerii financiare. Subcontractantul SC Pro Hart Group SRL a contribuit la întocmirea ofertei tehnice cu metodologia de lucrări program de execuție al lucrărilor, planul calității, Planul de control calitate, verificări și încercări, procedurile de execuție și tehnologiile de execuție, personal specializat (dl. Popirtan Radu- Electrician autorizat gradul IIIA, IIIB), cu numeroase autorizații respectiv: - Atestat de tip C2A pentru executare de linii electrice, aeriene sau subterane cu tensiuni nominale de 0,4 kV-20kV, posturi de transformare cu tensiunea nominală superioară de cel mult 20kV, stații de medie tensiune, precum și partea electrică de medie tensiune a stațiilor de înaltă tensiune emisă de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei,

- Autorizație pentru efectuarea lucrărilor de Instalare și Întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră emisă de Centrul Național pentru Securitatea de Incendiu și Protecție Civilă,

- Autorizație pentru instalare, montare, reparare și întreținere, verificări tehnice în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil cu $P_{max} < 400$ kW, Cazane de apă caldă având $P_{max} < 400$ kW, Cazane de abur de joasă presiune cu $Q_{Max} < 0,6$ t/h emisă de Ministerul Economiei- inspectia de stat pentru controlul cazanelor, recipientelor sub presiune și instalațiilor de ridicat inspectia teritorială ISCIR,

- Autorizație pentru Instalare (fără lucrări de sudare) la Cazane de apă caldă cu $P > 400$ kW; $P_{max} = 10.000$ kW emisă de Ministerul Economiei- inspectia de stat pentru controlul cazanelor, recipientelor sub presiune și instalațiilor de ridicat inspectia teritorială ISCIR

Față de cele mai sus menționate, contestatorul consideră că înlocuirea subcontractantului SC Pro Hart Group SRL este foarte dificilă ținând cont de complexitatea documentelor depuse și autorizațiile deținute de acesta; mai mult, dacă se procedează la înlocuirea subcontractantului, oferta tehnică și oferta financiară vor avea modificări substanțiale conform art. 134 alin. (6) din HG 395/2016.

Totodată, subliniază că dl. Sevestrean Dorel Nicolae, angajat al societății SC Pro Hart Group SRL a solicitat retragerea din echipa de dirigenție pentru lucrările aferente prezentei proceduri de atribuire. Astfel, urmare a cererii menționate mai sus, SC FSM Consult SRL a dat curs solicitării formulate de Sevestrean Dorel Nicolae și a întocmit Decizia nr. 50/25.06.2020 prin care s-a dispus înlocuirea domnului Sevestrean Dorel Nicolae.

Luând acte de aspectele mai sus menționate, contestatorul consideră că nu mai există nici un conflict de interese în cazul acestei proceduri. Însă, potrivit raportului procedurii nr. 10616/01.07.2020, se poate constata că autoritatea contractantă nu a ținut cont de cererea de

retragere a domnului Sevestrean Dorel Nicolae și nici de decizia nr. 50 din data de 25.06.2020, de înlocuire a acestuia din cadrul echipei de dirigenție.

În susținerea argumentelor aduse, contestatorul face referire la Îndrumarul autorității contractante privind conflictul de interese în procesele de achiziții publice publicat pe site-ul ANAP.

De asemenea, consideră că decizia autorității contractante de a declara oferta sa ca fiind inacceptabilă, este greșită, aplicarea prevederilor legale fiind incorectă și abuzivă.

Prin adresa nr. 3498/06.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 27055/07.07.2020, contestatorul depune în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206366520/1, tranzacția nr. 987227722/1753728872, din data de 06.07.2020, emisă de CEC Bank, unitatea: sucursala, în valoare de 35.000 lei.

Prin adresa nr. 11000/08.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 27497/09.07.2020, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea ca nefondată a acesteia, din considerentele ce vor fi expuse mai jos.

Autoritatea contractantă precizează că motivele pentru care a fost declarată inacceptabilă oferta depusa de către SC SRL au fost următoarele:

- prin Dispoziția nr. 12 din data de 11.05.2020 a fost numită comisia de evaluare a ofertelor, iar în cadrul acestei dispoziții a fost numit expert cooptat dl. Corfar Nicolae Sorin diriginte de șantier, reprezentant al societății SC FSM Consult SRL;
- autoritatea contractanta are încheiat contractul de servicii nr. 3367 din data de 06.03,2019 cu SC FSM Consult SRL, având ca obiect: „Servicii de dirigenție de șantier pentru lucrările de execuție la obiectivul de investiții: Reabilitarea termică a unor clădiri din cadrul Spitalului de Pneumoftiziologlc – Dispensar”;
- conform contractului menționat anterior, în cadrul art. 5.3 lit. a) este specificat faptul ca prestatorul, SC FSM Consult SRL, va evalua ofertele din cadrul procedurii de achiziție de lucrări;
- în cadrul procedurii de atribuire a contractului de dirigenție menționat anterior, operatorul economic SC FSM Consult SRL a prezentat în cadrul ofertei depuse contractul nr. 13 din data dc 10.02.2017, încheiat între SC FSM Consult SRL și SC Sev Instal SRL având ca obiect servicii de dirigenție de șantier pentru instalații pentru construcții;
- administratorul SC Sev Instal SRL este dl. Sevestrean Dorel Nicolae;
- în cadrul ofertei tehnice depusă de către SC SRL, este declarat subcontractant operatorul economic SC Pro Hart Group SRL cu o pondere a lucrărilor de aproximativ 43% din valoarea acestora;
- în cadrul ofertei de depuse de către operatorul economic SC SRL este mentionat dl. Sevestrean Dorel Nicolae ca angajat ai

subcontractantului SC Pro Hart Group SRL și nominalizat pentru funcția: responsabil tehnic cu urmărirea curentă a comportării construcțiilor, în cadrul acestei proceduri;

- tot în cadrul ofertei se regăsește extrasul din REVISAL care atestă fără echivoc că dl. Sevestrean Dorel Nicolae este angajat al subcontractantului SC Pro Hart Group SRL.

Astfel, având în vedere faptul că:

- dl. Corfar Nicolae Sorin, expert cooptat în cadrul prezentei procedurii, reprezentant și administrator al SC FSM Consult SRL are încheiat un contract cu SC Sev Instal SRL al cărui administrator este dl. Sevestrean Dorel Nicolae;

- dl. Sevestrean Dorel Nicolae este angajat la SC Pro Hart Group SRL, care este subcontractantul operatorului economic SC SRL;

- dl. Corfar Nicolae Sorin a avut acces la ofertele tehnice depuse de către operatorii economici participanți la procedura de achiziție,

autoritatea contractantă consideră că există un conflict de interese cu privire la dl. Sevestrean Dorel Nicolae, acesta având, în baza contractului de servicii nr. 13/10.02.2017, calitatea de diriginte de șantier pentru instalații la lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri, și, prin urmare, un presupus acces indirect la oferte prin intermediul expertului cooptat, pe de-o parte, și calitatea de responsabil tehnic din partea ofertantului SC SRL, pe de altă parte.

De asemenea, menționează că:

- prin adresa nr. 10123/24.06.2020, comisia de evaluare, în baza art. 170 din Legea nr. 98/2016, a solicitat SC SRL schimbarea subcontractantului SC Pro Hart Group SRL având în vedere faptul că dl. Sevestrean Dorel Nicolae este angajat la SC Pro Hart Group SRL, având calitatea de subcontractant al SC SRL, cât și colaborator/asociat al firmei SC FSM Consult SRL - societatea comercială contractată de autoritatea contractantă să verifice ofertele din cadrul procedurii de achiziție, precum și urmărirea execuției lucrărilor la acest obiectiv de investiții;

- prin răspunsul transmis de ofertant prin adresa nr. 3469/29.06.2020, acesta comunică faptul că nu este de acord cu schimbarea subcontractantului SC Pro Hart Group SRL întrucât găsirea unui alt subcontractant care să îndeplinească cerințele minime privind capacitatea tehnică și profesională este „imposibilă”;

- ofertantul comunică faptul că, pentru evitarea potențialului conflict de interese generat de situația descrisă mai sus, dl Sevestrean - angajat al societății Pro Hart Group SRL și-a solicitat retragerea din echipa de dirigenție, iar societatea SC FSM Consult SRL a dat curs solicitării formulate de acesta și a întocmit Decizia nr. 50/25.06.2020 prin care a dispus înlocuirea acestuia.

Raportat la cele mai sus menționate, analizând răspunsul ofertantului, autoritatea contractantă a apreciat că nu se poate considera înlăturat potențialul conflict de interese pentru următoarele motive:

- potrivit prevederilor art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în ipoteza în care este identificată o situație de excludere (art. 164, art. 165 și art. 167), autoritatea contractantă solicită ofertantului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație;
- comisia de evaluare a respectat întru-totul prevederile legale invocate, respectiv art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, însă solicitarea acesteia a fost urmată de un refuz categoric din partea ofertantului;
- motivul invocat de ofertant pentru refuzul schimbării subcontractantului este susținut de documente nelegale.

Astfel, potrivit ofertantului, pentru dovada înlocuirii d-lui Sevestrean din calitatea de diriginte de șantier a fost depusă decizia SC FSM Consult SRL nr. 50/25.06.2020, însă, potrivit prevederilor legale, schimbarea personalului din cadrul unui contract de servicii (personal minim solicitat prin caietul de sarcini aferent serviciilor de dirigenție) este posibilă doar după solicitarea și, respectiv, primirea acceptului autorității contractante, obținut în prealabil;

- or, la momentul depunerii răspunsului la solicitarea de clarificări, nu exista înregistrat la autoritatea contractantă nici un document din partea SC FSM Consult SRL prin care să se solicite acordul prealabil al autorității contractante cu privire la modificarea dirigintelui de șantier pe instalații - dl Sevestrean.

În aceste condiții, autoritatea contractantă apreciază că decizia SC FSM Consult SRL nr. 50/25.06.2020 de înlocuire a dlui Sevestrean cu dl. Rareș Mărginean este nulă de drept întrucât a fost emisă înaintea obținerii acordului prealabil al beneficiarului serviciilor de dirigenție, așadar, cu încălcarea prevederilor legale. Mai mult, din actele depuse de ofertant se poate considera că acesta a influențat conduita dirigintelui de șantier - FSM Consult SRL, întrucât acesta a dat curs solicitării ofertantului SC SRL de a schimba personalul propus pentru prestarea serviciilor de dirigenție, chiar prin încălcarea legii.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază că propunerile tehnice ale tuturor operatorilor economici participanți la procedură au fost verificate de expertul extern cooptat Sorin Corfar - administrator al societății SC FSM Consult SRL, aflat în relații de strânsă colaborare (așa cum rezultă din aspectele prezentate mai sus) cu dl Sevestrean - angajat ca responsabil tehnic cu execuția al subcontractantului SC Pro Hart Group SRL, fapt care pune sub semnul întrebării evaluarea tehnică a tuturor propunerilor tehnice. Invocă de asemenea, prevederile art. 62 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 58 din același act normativ.

În opinia autorității contractante, singura modalitate de înlăturare a potențialului conflict de interese a fost respingerea ofertei depuse de SC SRL, cu consecința anulării procedurii de atribuire motivat de faptul că în cadrul acesteia au fost depuse doar oferte neconforme/inacceptabile.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Achiziționarea lucrărilor de execuție pentru obiectivul de investiții: Reabilitarea termică a unor clădiri din cadrul Spitalului de Pneumoftiziologie – Dispensar”, cod CPV45215140-0, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat SCN1066396/08.04.2020, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de: 3.427.351,82 ron. Conform cap. II.2.5 din anunțul de participare simplificat, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În preambulul prezentei, Consiliul reține că potrivit raportului procedurii nr. 10616 din 01.07.2020, până la termenul limită de depunere a ofertelor, au depus oferte: SC Balor Cons SRL, SC Electrovâlcea SRL și SC SRL. În urma evaluării ofertelor depuse, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Analizând obiectul contestației, se reține că, acesta îl reprezintă adresa autorității contractante nr. 10655/02.07.2020 prin care oferta contestatorului SC SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016 întrucât prin răspunsul la clarificări și-a modificat/completat oferta și neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. f) din același act normativ, întrucât propunerea tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele din documentația de atribuire, motiv pentru care Consiliul va analiza motivele de respingere în raport cu cerințele documentației de atribuire și legislația specifică în materie.

În soluționarea prezentei, Consiliul reține următoarele considerente:

Autoritatea contractantă, ... are încheiat contractul de servicii nr. 3367/06.03.2019 cu SC FSM Consult SRL, având ca obiect de servicii de dirigenție de șantier pentru lucrările de execuție la obiectivul de investiții „Reabilitarea termică a unor clădiri din cadrul Spitalului de Pneumoftiziologie – Dispensar”. În cadrul acestui contract, la pct. 5.3 lit. a), este specificat faptul că prestatorul SC FSM Consult va evalua ofertele din cadrul prezentei procedurii de achiziție de lucrări.

În cadrul procedurii de atribuire a contractului nr. 3367/06.03.2019, SC FSM Consult SRL a prezentat în cadrul ofertei depuse contractul nr. **13/10.02.2017**, încheiat între SC FSM Consult SRL și **SC Sev Instal SRL** reprezentat de **dl. Sevestrean Dorel**

Nicolae în calitate de administrator, având ca obiect *servicii de dirigenție de șantier pentru specialitatea instalații construcții*. Având la bază contractul mai sus menționat, prin Dispoziția nr. 12 din 11.05.2020, a fost numită comisia de evaluare a ofertelor, iar în cadrul acestei dispoziții a fost numit expert cooptat dl. **Corfar Nicolae Sorin** diriginte de șantier, reprezentant al societății SC FSM Consult SRL.

În cadrul prezentei proceduri, ofertantul SC SRL a declarat ca subcontractant pe SC PRO HART GROUP SRL, aceasta din urmă având ca angajat pe dl. Sevestrean Dorel Nicolae, nominalizat pentru funcția de „Responsabil tehnic cu urmărirea curentă a comportării construcțiilor în cadrul acestei proceduri”.

Având în vedere aspectele mai sus menționate, Consiliul apreciază că se pot reține următoarele concluzii:

- dl. **Corfar Nicolae Sorin** reprezentant al **SC FSM Consult SRL** este expert cooptat în cadrul prezentei proceduri în baza contractului nr. **3367/06.03.2019** încheiat cu autoritatea contractantă – pag. 000069-000077 din dosarul constituit pe rolul CNSC, înscris depus de autoritatea contractantă ca și anexă la adresa nr. 27332/08.07.2020;
- în cadrul procedurii de atribuire a contractului nr. 3367/06.03.2019, SC FSM Consult SRL are subcontractant operatorul economic **SC Sev Instal SRL** reprezentat de dl. **Sevestrean Dorel Nicolae – în calitate de administrator** astfel cum rezultă din contractul nr. **13/10.02.2017** având ca obiect servicii de dirigenție pentru instalații construcții pag. 000078-000079 din dosarul constituit pe rolul CNSC, înscris depus de autoritatea contractantă ca și anexă la adresa nr. 27332/08.07.2020;
- în baza contractului nr. 13/10.02.2017, prestatorul – operatorul economic **SC SEV Instal SRL avea calitatea de diriginte de șantier** pentru instalații la lucrările ce constituie obiectul prezentei proceduri de atribuire;
- Având în vedere că dl. Sevestrean Dorel Nicolae este administratorul SC SEV Instal SRL este implicat și el direct în contractul încheiat de autoritatea contractantă cu dl Corfar Nicolae Sorin, acesta din urmă fiind cooptat în cadrul comisiei de evaluare ca expert diriginte de șantier; contractul de subcontractare nr. 13/10.02.2017 devenind anexă la contractul nr. 3367/06.03.2019 potrivit art. 147 alin. (1) lit. e) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că în cadrul contractului nr. 3367/06.03.2019 la cap. 15.2 este reglementat mecanismul de efectuare a plății directe către subcontractanți, respectiv pentru serviciile de dirigenție de șantier pentru specialitatea – instalații pentru construcții, autoritatea contractantă va plăti direct subcontractantului SC SEV Instal SRL al cărui administrator este Sevestrean Dorel Nicolae.

În prezenta cauză, sunt aplicabile următoarele prevederi legale:

- art. 58 din Legea nr. 98/2016: „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”;

- art. 59 din Legea nr. 98/2016: „În sensul prezentei legi, prin conflict de interese **se înțelege 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**”;

- art. 60 din Legea nr. 98/2016: „(1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 59, cum ar fi următoarele, reglementate **cu titlu exemplificativ**:

a) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a persoanelor care dețin părți sociale, părți de interes, acțiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători sau subcontractanți propuși ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;

b) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane care este soț/soție, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;

c) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informații concrete că poate avea, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori se află într-o altă situație de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare;

d) situația în care ofertantul individual/ofertantul asociat/ candidatul /subcontractantul propus/terțul susținător are drept membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire;

e) situația în care ofertantul/candidatul a nominalizat printre principalele persoane desemnate pentru executarea contractului persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire”;

- art. 61 din Legea nr. 98/2016: „Ofertantul declarat câștigător cu care autoritatea contractantă a încheiat contractul de achiziție publică nu are dreptul de a angaja sau încheia orice alte înțelegeri privind prestarea de servicii, direct ori indirect, în scopul îndeplinirii contractului de achiziție publică, cu persoane fizice sau juridice care au fost implicate în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor depuse în cadrul unei proceduri de atribuire ori angajați/foști angajați ai autorității contractante sau ai furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire cu care autoritatea contractantă/furnizorul de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire a încetat relațiile contractuale ulterior atribuirii contractului de achiziție publică, pe parcursul unei perioade de cel puțin 12 luni de la încheierea contractului, sub sancțiunea rezoluțiunii ori rezilierii de drept a contractului respectiv”.

- art. 62 din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul în care autoritatea contractantă identifică o situație potențial generatoare de conflict de interese în sensul art. 59, aceasta are obligația de a întreprinde orice demersuri necesare pentru a stabili dacă situația respectivă reprezintă o situație de conflict de interese și de a prezenta candidatului/ofertantului aflat în respectiva situație o expunere a motivelor care, în opinia autorității contractante, sunt de natură să ducă la un conflict de interese.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă solicită candidatului/ofertantului transmiterea punctului său de vedere cu privire la respectiva situație.

(3) În cazul în care, în urma aplicării dispozițiilor alin. (1) și (2), autoritatea contractantă stabilește că există un conflict de interese, autoritatea contractantă adoptă măsurile necesare pentru eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese, dispunând măsuri cum ar fi înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor, atunci când le este afectată imparțialitatea, acolo unde este posibil, sau eliminarea ofertantului/candidatului aflat în relație cu persoanele cu funcții de decizie din cadrul autorității contractante”.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, este evident că sarcina principală de a lua măsurile necesare în vederea prevenirii unui potențial conflict de interese revine autorității contractante, aceasta din urmă fiind singura răspunzătoare în cazul apariției ulterioare a unui element de natură să compromită imparțialitatea ori independența ei pe parcursul procesului de atribuire. Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică, sub toate aspectele acesteia, având certitudinea că oferta declarată câștigătoare nu este rezultatul denaturării concurenței datorată unei situații generatoare de conflict de interese.

Dispozițiile art. 170 din Legea nr.98/2016, stipulează următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.

(2) În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171, autoritatea

contractantă solicită ofertantului/candidatului **o singură dată să înlocuiască un subcontractant** în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.

(3) În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declarația pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193 - 195, precizând că nu se află în niciuna dintre situațiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire”.

Or, tocmai acesta a fost rolul solicitării autorității contractante prin adresa nr. 10123/24.06.2020 respectiv de a înlocui/schimba subcontractantul **SC PRO HART GROUP SRL al cărui angajat era dl. Sevestrean Dorel Nicolae**, la care contestatorul avea obligația de a se conforma și să o trateze cu maximă competență și diligență, astfel încât să se evite existența oricărei situații cu potențial conflict de interese care să pericliteze și să compromită întregul proces de desemnare a câștigătorului.

În soluționare, Consiliul nu va reține susținerea contestatorului potrivit căreia „nu se află în niciuna din situațiile conform Legii nr. 98/2016 art. 60” deoarece situațiile potențiale de conflict de interese sunt enumerate doar cu titlu exemplificativ la art. 60 din Legea nr. 98/2016 și nu au în niciun caz caracter limitativ, autoritatea contractantă având obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile generatoare de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici conform prevederilor art. 58 din același act normativ.

Analizând răspunsul transmis de către ofertantul SC SRL prin adresa nr. 3469/29.06.2020, Consiliul reține că acesta nu s-a conformat, informând autoritatea contractantă că nu este de acord cu schimbarea subcontractantului SC PRO HART GROUP SRL argumentând că găsirea unui alt subcontractant care să îndeplinească cerințele minime privind capacitatea tehnică și profesională ar fi „imposibilă”.

Mai mult, conform adresei de răspuns mai sus iterat, ofertantul SC SRL a inițiat o reală negociere cu autoritatea contractantă privind o modalitate favorabilă de evaluare a ofertei sale, comunicând un document intitulat „Cerere” prin care dl. Sevestrean Dorel Nicolae solicită SC FSM Consult SRL retragerea din calitatea de diriginte de șantier pentru lucrările de instalații în cadrul contractului de servicii de diriginte de șantier - Lucrările de execuție pentru obiectivul de investiții: „Reabilitarea termică a unor clădiri din cadrul Spitalului de Pneumoftiziologie - Dispensar”. De asemenea, în susținerea acestui document, transmite „Decizia nr. 50/25.06.2020” emisă de SC FSM Consult SRL prin care aceasta din urmă îl numește pe dl. Mărginean Rareș, până la terminarea lucrărilor, în locul dl. Sevestrean Dorel Nicolae, susținând că prin aceste măsuri este înlăturată situația conflictului de interese.

Aceste înscrisuri nu pot fi luate în considerare având în vedere următoarele argumente:

- Dl. Sevestrean Dorel Nicolae, în calitate de persoană fizică, astfel cum este reglementată de titlul II - Persoana fizică din Codul Civil, nu are nicio calitate în cadrul persoanei juridice SC FSM Consult SRL;
- SC FSM Consult SRL are o relație comercială, un contract de subcontractare cu SC SEV Instal SRL – în calitate de persoana juridică, astfel cum este reglementată de titlul IV - Persoana juridică din Codul Civil; persoană juridică care potrivit art. 209 din Codul Civil *„își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile prin organele sale de **administrare**, de la data constituirii lor”*, în speță SC SEV Instal SRL își îndeplinește obligațiile prin administratorul său dl. Sevestrean Dorel Nicolae;
- Decizia nr. 50/25.06.2020 emisă de dl Corfar Nicolae Sorin – în calitate sa de administrator al SC FSM Consult SRL prin care decide înlocuirea d-lui Sevestrean Dorel Nicolae – persoană fizică cu dl. Marginean Rares – persoană fizică din funcția de diriginte de șantier pentru lucrări în instalații nu își poate produce niciun efect juridic având în vedere că dl. Sevestrean Dorel Nicolae – persoană fizică nu este în nicio relație contractuală (de muncă, de prestări servicii, etc.) cu SC FSM Consult SRL astfel încât administratorul Corfar Nicolae Sorin să poată/să aibă dreptul de a dispune ceva;
- în plus, conform art. 15.1 din cadrul contractului nr. 3367/06.03.2019, înlocuirea de către SC FSM Consult SRL a subcontractantului său SC SEV Instal SRL se putea realiza doar cu acordul achizitorului –, acord care în cadrul înscrisurilor de la dosar nu există, aspect reținut și de către autoritatea contractantă în cadrul raportului procedurii nr. 10616/01.07.2020 și procesul verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr. 10418/30.06.2020;
- chiar dacă în mod nelegal administratorul Corfar Nicolae Sorin a decis în mod unilateral înlocuirea unor persoane fizice, relația comercială dintre SC FSM Consult SRL și SC SEV Instal SRL al cărui administrator este Sevestrean Dorel Nicolae se menține și își produce în continuare efecte juridice;
- în speță nu are nicio importanță cine va presta efectiv serviciile de dirigenție de șantier, respectiv dl Sevestrean Dorel Nicolae sau dl. Marginean Rares atâta timp cât răspunderea juridică, în fața SC FSM Consult SRL, pentru serviciile prestate o are SC SEV Instal SRL, contractul de subcontractare producând efecte juridice, nefiind la momentul prezentei reziliat (la dosarul cauzei neexistând niciun înscris în acest sens).

Nici declarația d-lui Sevestrean Dorel Nicolae dată în data de 24.06.2020 nu poate fi luată în considerare având în vedere că aceasta a fost dată în calitate sa de persoană fizică salariat cu contract individual de muncă al SC Pro Hart Groupt SRL și nu în calitate sa de administrator al persoanei juridice SC SEV Instal SRL. Rezultă astfel că, nu se poate face confuzie și nici nu se pot suprapune cele două calități pe care le are dl. Sevestrean Dorel Nicolae cea de persoană fizică, angajat al unei societăți comerciale și cea de administrator al unei alte persoane juridice.

Rezultă că, această înlocuire nu putea fi acceptată câtă vreme ea nu a avut acordul prealabil al autorității contractante în calitate de beneficiar al serviciilor dirigintelui de șantier pe instalații, în speță fiind incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit căroră: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”*.

Consiliul va reține că, riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al includerii în cadrul ofertei a unui subcontractant care are ca angajat o persoană care se află într-o situație de conflict de interese și a cărui înlocuire autoritatea contractantă a solicitat-o în mod expres, potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*.

În cazul în care solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă contestatorului, era considerată ca fiind contradictorie / eronată / ambiguu formulată sau abuzivă, contestatorul avea dreptul de a contesta respectiva clarificare, potrivit prevederilor legale, în lipsa acestor demersuri având obligația de a se conforma respectiv de a înlocui subcontractul SC PRO HART GROUP SRL. Mai mult, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la solicitarea de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acesteia oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Pasivitatea contestatorului în așteptarea rezultatului procedurii, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea la acest moment a unui demers judiciar întemeiat pentru eliminarea/modificarea aspectelor reclamate. Nu este permis ca ofertantul să rămână în expectativă pe durata intervalului cuprins între data luării la cunoștință a documentației de atribuire respectiv a solicitării de clarificări și data comunicării rezultatului procedurii, sperând că va fi declarat câștigător și ulterior va încheia contractul de achiziție publică,

iar după aflarea rezultatului să reclame solicitările autorității contractante considerate necesare pentru evaluarea ofertei.

Astfel, nu poate fi acceptată nici formularea unei noi solicitări de clarificări din partea autorității contractante deoarece un astfel de demers ar fi de natură a crea un avantaj evident în favoarea contestatorului, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă neconformă în ofertă admisibilă, cu încălcarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza **C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări

și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă și pe cale de consecință să mențină decizia autorității contractante de anulare a procedurii în cauză.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC TOTAL NSA CONSTRUCT SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către SC TOTAL NSA CONSTRUCT SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, conform art. VIII alin. (4) din OUG nr. 114/2020.

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

Consilier de soluționare
Florentina DRĂGAN

PREȘEDINTE
Traian ICOBETȚ

Consilier de soluționare
Lehel-Lorand BOGDAN

Redactat practicaua deciziei
Luminița HAGIVRETA

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini