

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. 1101/C1/1060, 1061

Data: 25.05.2022

Prin contestația nr. 44/04.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 22784/04.05.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 83681/26.04.2022, emisă de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii acordului cadru având ca obiect: „Servicii de publicitate în presa scrisă județeană în limba română, presa scrisă regională în limba maghiară, presa scrisă regională lunară în limba maghiară, presa audio-vizuală, presa audio - radio zona Ciuc, Odorhei, Gheorgheni și presa online - web”, lot contestat - lot 4, s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 83681/26.04.2022 pentru lotul 4, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau ulterioare și conexe cu acesta în ceea ce privește declararea ca acceptabilă, conformă și câștigătoare a ofertei depuse de către SC SRL;

- obligarea pârâtei la emiterea comunicării favorabile și la perfectarea acordului cadru de servicii privind serviciile de publicitate, cu SC SRL, și în consecință, atribuirea acordului cadru și a contractului subsecvent, cu desființarea imediată și irevocabilă a deciziei de atribuire a acordului cadru ofertantului SC SRL;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire pentru lotul 4.

Prin contestația nr. 45/04.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 22791/04.05.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin administrator, împotriva

adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 83696/26.04.2022 pentru lotul 6, s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 83696/26.04.2022, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau ulterioare și conexe cu acesta în ceea ce privește declararea ca acceptabilă, conformă și câștigătoare a ofertei depuse de către SC SRL;

- obligarea pârâtei la emiterea comunicării favorabile și la perfectarea acordului cadru de servicii privind serviciile de publicitate, cu SC SRL, și în consecință, atribuirea acordului cadru și a contractului subsecvent, cu desființarea imediată și irevocabilă a deciziei de atribuire a acordului cadru ofertantului SC SRL;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire pentru lotul 6.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 1060/2022 și nr. 1061/2022 au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri.

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

Cu privire la lotul 4 al procedurii de atribuire, SC SRL precizează că, ulterior evaluării ofertelor, autoritatea contractantă i-a transmis adresa de comunicare a rezultatului procedurii, motivând respingerea ofertei prin existența unei posibile situații de conflict de interese, respectiv încheierea unor contracte cu Organizația Teritorială Ciuc a UDMR, în vederea realizării campaniei electorale; contestatorul apreciază că a fost prejudiciat în mod direct, nebeneficiind de egalitate în raport de ceilalți operatori economici.

În susținere invocă prevederile art. 59 din Legea nr. 98/2016, precizând că raportat la informațiile referitoare la conflictul de interese, prevăzute la pag. 12 și 13 din Instrucțiunile către Ofertanți, în care se prevede în mod expres scopul enumerării limitative a listei cu numele persoanelor cu funcție de decizie în cadrul autorității contractante și al

furnizorului de servicii auxiliare de achiziție implicat în procedura de atribuire, respectiv „să se evite orice denaturare a concurenței și să se asigure un tratament egal pentru toți operatorii economici”.

Contestatorul precizează că sancțiunea excluderii ar fi trebuit să fie aplicată în condițiile unei situații de incompatibilitate certe, sens în care nu se poate raporta la speța de față, întrucât motivele care au stat la baza respingerii sunt posibile, nici măcar probabile, fapt pentru care autoritatea contractantă a apreciat în mod eronat situația de incompatibilitate a SC SRL.

De asemenea, învederează faptul că prezenta societate nu este în măsură să aprecieze existența sau inexistența unui conflict de interese sau a posibilității apariției unui asemenea eveniment, motiv pentru care aceasta nu putea declara în cadrul DUAЕ despre o posibilă situație de conflict de interese, în condițiile în care această situație nu se află în anexa pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă, respectiv Instrucțiuni către Ofertanți (pag. 12).

Raportat la cele mai sus menționate, coroborat cu prevederile înscrise în instrucțiuni, precum și cu art. 193 alin. (1), lit. a), contestatorul arată că atât art. 164, art. 165 cât și art. 167 din Legea nr. 98/2016 prevăd motive exprese de excludere a participanților din cadrul procedurii de atribuire, sens în care incriminarea posibilității generării unei situații de conflict de interese nu este întemeiată pe niciun criteriu sau articol de lege.

Mai mult, precizează că nu avea cunoștință despre această posibilitate, raportat la contractul încheiat anterior cu Organizația Teritorială Ciuc a UDMR întrucât relația contractuală cu aceasta nu face obiectul niciunei excluderi sau limitări în acest sens, fapt pentru care nu consideră că s-a făcut vinovat de declarații false.

Întrucât nu poate fi reținută culpa SC SRL cu privire la nedeclararea cazului posibil generator de conflict de interese, contestatorul consideră că motivele de respingere din procedura de atribuire sunt bazate pe interpretarea eronată a unor chestiuni de formă, care nu cad în obligația operatorului economic, sens în care respingerea acestuia din urmă de către autoritate a creat prejudicii semnificative societății ofertante, motiv pentru care solicită anularea rezultatului procedurii pentru lotul 4 și reluarea procedurii.

Odată cu transmiterea contestației în original, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23477/09.05.2022, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208032495/1, tranzacția nr. 1203683835/2025625963 din data de 04.05.2022, eliberată de CEC Bank Unitatea Odorheiul Secuiesc, în cuantum de 1.750 lei (afereantă contestației depusă pentru lotul 4).

Cu privire la lotul 6, SC SRL precizează că ulterior evaluării ofertelor, autoritatea contractantă i-a transmis adresa de comunicare a privind rezultatul procedurii, motivând respingerea ofertei prin existența unei posibile situații de conflict de interese, respectiv încheierea unor contracte cu Organizația Teritorială Ciuc a UDMR, în vederea realizării campaniei electorale; contestatorul apreciază că a fost prejudiciat în mod direct, nebeneficiind de egalitate în raport de ceilalți operatori economici.

În continuare, contestatorul reia aceleași aspectele menționate deja anterior, în contestația formulată în cadrul lotului 4.

Odată cu transmiterea contestației în original, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23476/09.05.2022, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208032448/1, tranzacția nr. 1203681561/2025621147 din data de 04.05.2022, eliberată de CEC Bank Unitatea Odorheiul Secuiesc, în cuantum de 716,00 lei (aferentă contestației depusă pentru lotul 6).

Prin adresa nr. 84913/09.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 23780/10.05.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestațiile în cauză, solicitând respingerea ca nefondate a acestora.

Autoritatea contractantă precizează că SC SRL a fost exclus din procedură, în faza de calificare, motiv pentru care comisia de evaluare nu a avut acces la propunerea financiară a acestuia, aceasta fiind criptată, în SEAP, iar decizia comisiei de evaluare, de a respinge oferta, nu a fost influențată de considerente financiare de a favoriza un ofertant cu prețul mai mare.

Menționează de asemenea că tratamentul egal a fost asigurat pe deplin în cadrul procedurii, subliniind că s-a verificat lista furnizorilor de servicii/bunuri din campania electorală din anul 2020 pentru Organizația Teritorială Ciuc a UDMR; din acest document rezultă că Organizația Teritorială Ciuc a UDMR a încheiat contracte în vederea realizării campaniei electorale cu mai mulți operatori economici, printre care și SC SRL care a depus oferta în cadrul prezentei proceduri. Aceste contracte au fost semnate de președintele Consiliului Județean în

calitatea sa de președinte al Organizației teritoriale Ciuc a UDMR, această situație reprezentând un potențial generator conflict de interese.

Susține că, întrucât președintele Consiliului Județean aprobă raportul procedurii, participând astfel, la procesul de evaluare, acest aspect reprezintă o situație posibil generatoare de conflict de interese și se încadrează în prevederile art. 60 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a declarat în DUAE situația posibil generatoare de conflict de interese, deși avea această obligație conform art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Precizează că ofertantul avea posibilitatea de a declara situația posibil generatoare de conflict de interese în cadrul DUAE partea III. Motive de excludere cap. C: Motive legale de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale pct. Conflict de interese care decurge din participarea la procedura de achiziții publice și să facă uz de prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Totodată apreciază că ofertantul trebuie exclus din procedură, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește susținerea contestatorului potrivit căreia „(...) autoritatea contractantă a apreciat în mod eronat situația de incompatibilitate a SC SRL”, autoritatea contractantă precizează că nedeclararea în DUAE a unei situații posibil generatoare de conflict de interese de către ofertant, este o certitudine și nu o probabilitate.

Față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, contestatorul transmite adresa nr. 46/10.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 23984/10.05.2022 (aferentă contestației formulată pentru lotul 4), precum și adresa nr. 47/10.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 23960/10.05.2022 (aferentă contestației formulată pentru lotul 6), susținând că întrucât nu poate fi reținută culpa sa cu privire la nedeclararea posibilului generator conflict de interese, motivele de respingere ale ofertei sale nu sunt fondate.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 24026/11.05.2022, autoritatea transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Prin adresa nr. 48/12.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 25011/16.05.2022 (aferentă contestației formulată pentru lotul 4) și adresa nr. 49/12.05.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 25002/16.05.2022 (aferentă contestației formulată pentru lotul 6), SC SRL depune, următoarele recipise de consemnare a cauțiunii, reprezentând completarea cuantumului legal, după cum urmează:

- recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208048761/1, tranzacția nr. 1206227489/2028521335 din data de 12.05.2022, eliberată de

CEC Bank Unitatea Odorheiul Secuiesc, în cuantum de 1.750 lei, aferentă lotului 4;

- recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208048824/1, tranzacția nr. 1206231686/2028530180 din data de 12.05.2022, eliberată de CEC Bank Unitatea Odorheiul Secuiesc, în cuantum de 716,00 lei, aferentă lotului 6.

Prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 25236/17.05.2022, autoritatea contractantă depune dovada comunicării rezultatului procedurii către contestator, respectiv print-screen SEAP.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii acordului cadru având ca obiect: „Servicii de publicitate în presa scrisă județeană în limba română, presa scrisă regională în limba maghiară, presa scrisă regională lunară în limba maghiară, presa audio-vizuală, presa audio - radio zona Ciuc, Odorhei, Gheorgheni și presa online - web”, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat/04.03.2022, conform căruia valoarea totală estimată a procedurii este 389.715,00 lei, fără TVA, cu împărțire pe loturi (8 loturi) iar criteriul de atribuire stabilit la fiecare dintre aceste loturi este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere că, în cadrul procedurii respective, SC SRL a formulat contestația cu nr. 44/04.05.2022, pentru lotul 4, înregistrată la Consiliu sub nr. 22784/04.05.2022, și contestația cu nr. 45/04.05.2022, pentru lotul 6, înregistrată la Consiliu sub nr. 22791/04.05.2022, respectivele contestații, care fac obiectul dosarelor nr. 1060/2022 și nr. 1061/2022, au fost conexate, conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru a se pronunța o soluție unitară.

Procedând la analiza contestațiilor în cauză, formulate de contestatorul SC SRL, Consiliul reține că acesta este nemulțumit de respingerea ofertelor sale, depuse pentru loturile 4 și 6, pe motivul nedeclarării în DUAE a situației posibil generatoare de conflict de interese

și a faptului că s-a făcut vinovat de declarații false (Comunicările cu nr. 83681 și nr. 83696 din 26.04.2022, pag. 383 și 393 vol. 2/3 al dosarului cauzei), motiv pentru care Consiliul va soluționa contestațiile, care vizează aceleași aspecte, analizând modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat respectivele oferte, luând în considerare atât prevederile documentației de atribuire cât și legislația aplicabilă.

Având în vedere criticile contestatorului din contestațiile depuse pentru loturile 4 și 6, Consiliul reține că, în instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul „[...../00003] Instrucțiuni către Ofertanți.pdf. p7s”, autoritatea contractantă a precizat următoarele cerințe, în cadrul Secțiunii - III.1.1.a) CERINȚE REFERITOARE LA MOTIVELE DE EXCLUDERE, și anume:

„Operatorul Economic (Ofertant individual, membru al unei asocieri, Subcontractant, Susținător de terță parte) nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile menționate la **articolul 167 alin. (1) și (11¹)** din Legea nr. 98/2016 **privind motivele de excludere legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale**. Motivele de excludere sunt identificate în **Partea III, Secțiunea C din Partea DUA**E.

(...)

Informații referitoare la conflictul de interese - În conformitate cu art. 167 alin (1), lit. e) din Legea nr. 98/2016, este exclus din participarea la procedura de atribuire orice Operator Economic care se află într-o situație de conflict de interese în sensul art. 59 din Legea nr. 98/2016 și care nu poate fi remediată prin măsuri pentru eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese în sensul celor enumerate la art. 62, alin. (3) din Legea 98/2016.

Pentru a preveni, a identifica și a remedia în mod eficient conflictele de interese care pot apărea pe parcursul derulării procedurii de atribuire, astfel încât să se evite orice denaturare a concurenței și să se asigure un tratament egal pentru toți Operatorii Economici, Autoritatea Contractantă comunică în cele ce urmează numele persoanelor cu funcție de decizie în cadrul Autorității Contractante și al furnizorului de servicii auxiliare de achiziție implicat în procedura de atribuire:

1. – **președinte**
2. ...

Așa cum este definit la art. 59 din Legea 98/2016, o situație de conflict de interese reprezintă 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.

Situațiile potențial generatoare de conflict de interese sunt cele enumerate **la art. 60** din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu se limitează la acestea, și sunt reproduse în continuare ca informații de bază pentru pregătirea DUAЕ: (...)

(...)

Dovezi preliminare: Ca răspuns la cerințele privind motivele de excludere, Operatorii Economici trebuie:

- i. **Să completeze DUAЕ cu informațiile cerute în partea a III-a:** Motive de excludere, Secțiunea A: Motive referitoare la condamnările penale, Secțiunea B: Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale și **Secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale**, pentru a oferi dovezi preliminare în legătură cu motivele de excludere.

(...)

Autoritatea Contractantă își rezervă dreptul de a:

- i. **solicita informații suplimentare** de la Operatorii Economici în scopul evaluării încadrării în situațiile legate de motivele de excludere”.

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună/să comunice anumite documente/înscrisuri/informații, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

Consiliul reține că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, **este obligatorie** atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (*art. 123 din HG nr. 395/2016*), **cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și**

prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Or, în respectarea propriilor reguli, autoritatea contractantă a omis sensul prevederilor art. 58 din Legea nr. 98/2016, pe care le invocă în documentația de atribuire, inclusiv în instrucțiunile către ofertanți și în Fișa de date, și anume **„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.”**

Astfel, din documentele transmise și informațiile prezentate de către autoritatea contractantă, care se regăsesc în dosarul cauzei, rezultă că aceasta cunoștea pe plan intern, încă din anul 2021 (adresa nr. 58319/ 01.09.2021, comunicată de Direcția management și relații internaționale din cadrul Consiliului Județean, conform punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă) faptul că „Organizația Teritorială Ciuc al UDMR a încheiat contracte în vederea realizării campaniei electorale cu mai mulți operatori economici, printre care și cu SRL, care a depus ofertă în cadrul prezentei procedurii de achiziție publică inițiată de Consiliul Județean” aceste contracte fiind „semnate de președintele Consiliului Județean în calitatea sa de președinte al Organizației Teritoriale Ciuc al UDMR, această situație reprezentând un potențial generator de conflict de interese.”

Pe cale de consecință, nimic nu a împiedicat autoritatea contractantă ca, **în etapa planificării procedurii de atribuire în cauză** (parte a procesului de atribuire, conform art. 8 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016), sau, **cel târziu până în data-limită de depunere a ofertelor**, să adopte măsuri de prevenire, conform prevederilor art. 58 din Legea nr. 98/2016, raportat la stabilirea acelor persoane cu funcții de decizie, astfel cum sunt definite la art. 3 alin. (1) lit. II) din Legea nr. 98/2016, care urmau să aibă legătură cu procedura de atribuire în cauză și care puteau influența conținutul documentelor achiziției și/sau desfășurarea respectivei proceduri, astfel încât să evite apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese, cu completarea/actualizarea corespunzătoare a formularului de integritate, în condițiile Legii nr. 184/2016 *privind instituirea unui mecanism de prevenire a conflictului de interese în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică*.

Mai mult, Consiliul subliniază că, potrivit prevederilor art. 63 din legea nr. 98/2016, **„(1) Autoritatea contractantă precizează în documentele achiziției numele persoanelor cu funcții de decizie în**

cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă publică prin mijloace electronice **denumirea și datele de identificare ale ofertantului/candidatului/subcontractantului propus/terțului susținător, în termen de maximum 5 zile de la expirarea termenului-limită** de depunere a solicitărilor de participare/ofertelor, cu excepția persoanelor fizice, în cazul cărora se publică doar numele.”

Conform prevederilor art. 5 alin. (2) din Legea nr. 184/2016, „(2) **Autoritățile contractante/Entitățile au obligația de a asigura completarea și actualizarea formularului de integritate**, de la publicarea în SEAP a documentației de atribuire, **pe tot parcursul derulării procedurii** și până la publicarea anunțului de atribuire a contractelor de achiziție publică. Formularul de integritate este accesibil, în format electronic, autorităților contractante/entităților și se completează în SEAP”.

Consiliul subliniază că, potrivit art. 1 alin. (2) - (4) din HG nr. 395/2016, „(2) Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, **autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.**

(3) În cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la alin. (2), **autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea.”**

Având în vedere cele precizate anterior, dat fiind că la momentul vizualizării ofertelor, autoritatea contractantă a avut certitudinea participării contestatorului SC SRL la procedură, unde a depus oferte pentru loturile 4 și 6, respectiva autoritate avea în mod evident obligația legală ca, în această fază, raportat la informațiile cunoscute

anterior, să delege atribuțiile conducătorului autorității contractante (persoană cu funcție de decizie), în cauză președintele Consiliului Județean, unei alte persoane din cadrul respectivei autorități, astfel încât să fie evitată apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese.

Această abordare de prevenție, întemeiată în principal pe prevederile art. 58 din Legea nr. 58/2016 și pe art. 1 alin. (2)-(4) din HG nr. 395/2016, a constituit un element de noutate reglementat prin prevederile noul pachet legislativ în materie, intrat în vigoare în anul 2016, și are la bază Strategia Națională în Domeniul Achizițiilor Publice (*intrată în vigoare prin HG nr. 901/2015*), strategie stabilită în urma unui dialog structurat cu reprezentanți ai Comisiei Europene, prin intermediul DG REGIO și DG GROW, în contextul transpunerii noilor directive în domeniul achizițiilor publice.

Conform acestei Strategii, *„Pentru menținerea încrederii opiniei publice în activitățile autorității contractante, protejarea personalului său față de suspiciuni nejustificate și, mai larg, menținerea încrederii în sistemul de achiziții publice sunt importante nu doar independența și imparțialitatea reale **ci și percepția cu privire la aceste două elemente. Așadar simpla aparență a unui conflict de interese trebuie să fie prevenită și evitată, chiar dacă se dovedește că nu este fondată.***

(...)

Prevederile actuale ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, **care prevăd excluderea automată a operatorilor economici care ar putea fi într-o situație de conflict de interese față de personalul autorității contractante, se vor abroga.** Astfel de măsuri de remediere **nu pot fi luate în mod sistematic** împotriva operatorilor economici.

(...)

Excluderea unui ofertant, ca măsură de remediere, va fi ultima soluție și va fi luată numai după ce autoritățile contractante au luat toate măsurile pentru a elimina situația care conduce la un posibil conflict de interese și după ce le-a fost oferită ofertanților posibilitatea de a clarifica anumite date/informații”.

Pe cale de consecință, după cum se poate observa, prin prevederile în materie este instituită în sarcina autorităților contractante, ca o consecință a celor precizate anterior, obligația de a lua toate măsurile necesare, în mod gradual, pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, excluderea unui ofertant, ca măsură de remediere, fiind ultima soluție luată vizavi de aceste situații, și numai după ce a fost oferită acestui ofertant posibilitatea de a clarifica anumite date/informații.

Prin aceste măsuri legislative, legiuitorul a urmărit, în interesul autorității contractante, asigurarea participării la procedura de atribuire a unui număr cât mai mare de operatori economici, fără ca ofertele depuse de aceștia să fie respinse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile.

Analizând documentele din dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu numai că nu a adoptat măsuri de remediere astfel cum a fost precizat anterior dar a și exclus automat contestatorul SC SRL de la loturile 4 și 6, fără a solicita clarificări, invocând incidența prevederilor art. 60 alin. (1) lit. c), art. 167 alin. (1) lit. h) și a art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Mai precis, raportat la invocarea incidenței prevederilor art. 60 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, de către autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, Consiliul subliniază că invocarea acestor prevederi s-a făcut în mod eronat întrucât acestea vizează existența, în mod direct ori indirect, pe parcursul procesului de evaluare, a unui interes personal, financiar, economic sau de altă natură din partea unui **membru al comisiei de evaluare** (*persoană cu funcții de decizie care participă în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor*), ori aflarea unui **membru al comisiei de evaluare** într-o altă situație, de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea.

Astfel, potrivit art. 60 alin. (1) lit. c) 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:**

(...)

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;

Or, în cazul de față nu este vorba de un membru al comisiei de evaluare, implicat în procesul de verificare/evaluare al ofertelor, ci de conducătorul autorității contractante, caz în care nu pot fi invocate prevederile art. 60 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Diferența evidentă, reglementată prin lege, este aceea că membrii comisiei de evaluare reprezintă acea categorie distinctă din cadrul persoanelor cu funcții de decizie care au atribuții expres reglementate prin prevederile art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, atribuții care implică inclusiv verificarea/evaluarea ofertelor depuse la o procedură de atribuire, pe când conducătorul autorității contractante, care la rândul său este o persoană cu funcții de decizie, nu este nici membru al comisiei de evaluare și nu are nici astfel de atribuții exprese, acesta având rolul, potrivit prevederilor art. 127 alin. (2) din HG nr. 395/2016, de a aproba rapoartele intermediare și raportul procedurii de atribuire.

Consiliul subliniază că această diferență de atribuții, între un membru al comisiei de evaluare și conducătorul autorității contractante, este confirmată și de prevederile exprese ale art. 127 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care stipulează că **„(3) În cazul în care nu aprobă raportul procedurii, conducătorul autorității contractante va motiva în scris decizia sa și poate, după caz:**

a) **returna raportul, o singură dată, comisiei de evaluare spre corectare sau reevaluare parțială;**

b) **solicita o reevaluare completă, caz în care o nouă comisie de evaluare va fi numită”.**

Referitor la invocarea, de către autoritatea contractantă, a incidenței prevederilor art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că DUA se completează cu informațiile cerute în Partea a III-a, **Secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale**, în măsura în care există astfel de motive de excludere, respectiv în măsura în care sunt întrunite condițiile legale pentru a fi considerate astfel de motive.

În acest sens, *Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic*, regulament obligatoriu în toate elementele sale, care se aplică direct în toate statele membre, precizează la nota de subsol ⁽³⁰⁾, cu privire la interpretarea termenului **„(...) conflict de interese⁽³⁰⁾ (...)”**, următoarea regulă: **„Astfel cum se precizează în legislația națională (art. 59 din Legea nr. 98/2016 – n.n.), anunțul relevant sau documentele achiziției”.**

Consiliul reține că, în situația în discuție, este vorba de contracte încheiate anterior procedurii de atribuire în cauză, în vederea realizării

campaniei electorale, între Organizația Teritorială Ciuc al UDMR și mai mulți operatori economici, printre care și contestatorul SRL, contracte care au fost semnate la acel moment de președintele Consiliului Județean, respectiv conducătorul autorității contractante, în calitate sa de președinte al Organizației Teritoriale Ciuc al UDMR, această situație reprezentând, în opinia autorității contractante, un potențial generator de conflict de interese.

Potrivit prevederilor 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.”***

Consiliul reține că, raportat la situația în discuție, nu rezultă nici o informație care să indice, vizavi de contractele anterior precizate, care **sunt, în mod direct sau indirect, acele interese financiare, economice sau alte interese personale, care ar putea fi percepute ca elemente care compromite imparțialitatea ori independența conducătorului autorității contractante** în contextul procedurii de atribuire, pe cale de consecință aplicarea prevederilor art. 59 din Legea nr. 98/2016 (*pe care se întemeiază aplicarea art. 60 din cadrul aceleiași legi*), în cazul de față, nu are un just temei, nefiind întrunite elementele constitutive de demonstrare/confirmare a existenței unui conflict de interese, astfel cum este acest definit de prevederile art. 59 menționat anterior.

Consiliul subliniază, având în vedere toate circumstanțele și considerațiile prezentate anterior, că ofertantul contestator SC SRL a bifat corect – NU – în Partea a III-a, Secțiunea C din DUAE completat pentru loturile 4 și 6, la mențiunea – Conflict de interese care decurge din participarea la procedura de achiziții publice, întrucât nu

erau întrunite condițiile constatării unui conflict de interese astfel cum este reglementat de art. 59 din Legea nr. 98/2016, pe cale de consecință nu există temei legal nici pentru invocarea aplicării prevederilor art. 167 alin. (1) lit. e) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, în cazul de față.

Or, prin modul de analiză și de evaluare comisia de evaluare trebuia să aibă în mod real și justificat certitudinea că oferta respinsă se regăsește cu adevărat în motivele de excludere reglementate la art. 167 alin. (1) lit. e) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, fiind eliminate orice inadvertențe nesemnificative, precum și să confere securitate juridică sporită deciziei sale prin solicitarea de clarificări clare din punctul de vedere al obiectului, motivate, prin raportare la prevederile documentelor achiziției și cu un termen de răspuns adaptat.

Raționamentul anterior se regăsește și în **Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai 2012 a Curții de Apel București – Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal**, respectiv:

*„Este adevărat că dispozițiile legale enunțate, ca și dispozițiile art. 35 din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, **dar acest drept trebuie exercitat cu bună-credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice, iar nu discreționar.** Relevante în acest sens, se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanță, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. **Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile.**”*

Totodată, conform **Deciziei CJUE C-131/16 - Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik împotriva Polskie G ó r n i c t w o N a f t o w e i Gazownictwo S. A.:**

„Principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze

*declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. **În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere***”.

Cu toate acestea, în cazul de față, pe lângă măsurile preventive pe care autoritatea contractantă era obligată să le adopte legat de stabilirea persoanelor cu funcții de decizie, în sensul vizat de art. 58 din Legea nr. 98/2016, dar pe care nu le-a adoptat, având în vedere cele precizate anterior, aceasta, tot în sensul prevederilor art. 58 invocat în paragraf, era de asemenea obligată, în baza art. 62 din Legea nr. 98/2016, de a întreprinde orice demersuri necesare pentru a stabili dacă situația în discuție reprezintă o situație de conflict de interese, respectiv trebuia să solicite contestatorului transmiterea punctului său de vedere cu privire la respectiva situație.

Consiliul subliniază că numai ulterior acestei solicitări, dacă se stabilea în mod evident, raportat la prevederile legale, că exista un conflict de interese, autoritatea contractantă trebuia să adopte măsurile necesare pentru eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese, dispunând măsuri graduale, respectiv modificarea/actualizarea listei cu persoane cu funcții de decizie, astfel cum a fost anterior precizat, excluderea contestatorului SC SRL, ca măsură de remediere, fiind ultima soluție luată în situația de față.

Cu toate acestea, deși se impuneau astfel de solicitări de clarificări, ca măsură adecvată pentru clarificarea acestei situații (privind contractele încheiate anterior procedurii de atribuire în cauză, în vederea realizării campaniei electorale, între Organizația Teritorială Ciuc al UDMR și mai mulți operatori economici, printre care și contestatorul

SRL, contracte care au fost semnate la acel moment de președintele Consiliului Județean, respectiv conducătorul autorității contractante, în calitate sa de președinte al Organizației Teritoriale Ciuc al UDMR) și, implicit, ca măsură necesară pentru finalizarea procedurii de atribuire în condiții optime, comisia de evaluare a procedat la excluderea automată a contestatorului, fără a adopte măsuri de prevenție și de clarificare a situației în cauză, contrar tuturor prevederilor legale sus precizate și tuturor argumentelor juridice date de jurisprudența de specialitate.

În aceste condiții, Consiliul nu poate reține ca întemeiat motivul de excludere a ofertei contestatorului, având în vedere cele menționate mai sus, respingerea ofertei contestatorului, în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, neîndeplinind rigorile prevederilor legale anterior menționate, privind măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, fiind doar rezultatul interpretării eronate de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind conflictul de interese, pe fondul unui formalism excesiv al comisiei de evaluare.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante, din punctul de vedere transmis (vol. 1/3 al dosarului cauzei) potrivit cărora SC SRL ar fi contestat oferta desemnată câștigătoare, Consiliul constată că, prin sintagma „La data de 22.03.2022, ... S.R.L. a depus documentația aferentă atribuirii proiectului pe Loturile (...). În cadrul procedurii au fost depuse 3 Oferte aferente celor 3 loturi, după cum urmează: Lot 4 - 65.625 RON; Lot 6 - 26.800 RON; Lot 8 - 31.680 RON, toate acestea fiind ofertate sub sumele ofertate de către câștigătorul licitației, respectiv S.R.L. în conformitate cu Fișa de date publicată de către Autoritate la data de 02.03.2022, în care se evidențiază fiecare Lot în parte, menționându-se în mod expres faptul că singurul criteriu de atribuire este prețul cel mai scăzut”, contestatorul nu contestă în realitate aspecte legate de ofertele depuse de SC SRL, pentru loturile 4 și 6, ci formulează simple aprecieri comparative.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestațiile depuse de către SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, va anula raportul procedurii în partea aferentă loturilor 4 și 6 și actele subsecvente, inclusiv comunicările cu nr. 83681 și nr. 83696 din 26.04.2022 privind rezultatul procedurii, transmise către SC SRL, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor SC SRL depuse pentru loturile 4 și 6, începând cu faza DUAE, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestațiile depuse de către SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, anulează raportul procedurii în partea aferentă loturilor 4 și 6 și actele subsecvente, inclusiv comunicările cu nr. 83681 și nr. 83696 din 26.04.2022 privind rezultatul procedurii, transmise către SC SRL, și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor SC SRL depuse pentru loturile 4 și 6, începând cu faza DUAЕ, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

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 16 (șaisprezece) pagini.

