



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

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45460/21.08.2023, formulată de către SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva rezultatului procedurii adoptat de către ..., cu sediul în ...oara, str. ... nr. ..., jud. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „*Servicii pentru silvicultură 2023 – DS ...*”, pentru loturile nr. 5 - „*OS ... ului*” și nr. 6 - „*OS ...oara*”, s-a solicitat: admiterea contestației, anularea actelor atacate (de declarare ca inacceptabilă/neconformă a ofertei SC ... SRL și de anulare a procedurii de atribuire), precum și obligarea autorității contractante la examinarea pe fond a ofertei depusă de SC ... SRL pentru loturile nr. 5 și nr. 6.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația formulată de SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii adoptat de către ..., prin care se solicită adoptarea măsurilor precizate mai sus.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă și-a fundamentat decizia de declarare ca inacceptabilă/neconformă a ofertei SC ... SRL și de anulare a procedurii, pe dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. d) și art. 167 alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, prezumând că societatea este

vinovată de denaturarea, prin înțelegere cu un alt participant la licitație, a liberei și loiale concurențe *„în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză”*, prezumție indusă de *„indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic (SC ... SRL) a încheiat cu alți operatori economici acorduri”*, care o plasează în categoria practicilor concurențiale patologice.

Autoritatea contractantă a justificat decizia prin faptul că *„ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire”*, respectiv *„în cazul de față, propunerile financiare ale SC ... SRL și SC ... SRL prezintă asemănări semnificative”*.

Pentru aceste considerente și invalidând oferta SC ... SRL, autoritatea contractantă a dispus și anularea procedurii, deși societatea era interesată exclusiv de loturile 5 și 6, în dezacord total, pe de o parte, cu dispozițiile legale, iar pe de altă parte, cu situația de fapt.

Contestatoarea arată că descrierea conduitei SC ... SRL se face în termeni generali și în contradicție cu prevederile art. 2 alin. (2) și art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, consideră că fundamentarea actului de respingere, ca neconformă/inacceptabilă, a ofertei SC ... SRL s-a realizat prin preluarea mecanică a textului de lege pentru care a optat autoritatea contractantă, fără nicio claritate și predictibilitate, ori dimensionare raportat la situația particulară investigată și reclamată.

În opinia sa, autoritatea contractantă trebuia să discearnă între cele două ipoteze normative alternative: *„suficiente indicii rezonabile”*, respectiv *„informații concrete”*, textul folosind *„/”*, echivalent pentru *„sau/ori”*, iar nu *„și”*, rigoarea fiind cerută de legiuitor tocmai pentru a prezerva respectarea principiilor centrale care guvernează procedura.

Aceasta este de părere că autoritatea contractantă a extras și a răstălmăcit conjunctural textul incriminator de la art. 167 alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, considerând că propunerile financiare ale SC ... SRL și a celeilalte societăți bănuite de partizanat anticoncurențial *„prezintă asemănări semnificative”*, cu toate că legea respinge *„asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului (iar nu al formei) documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire”*

Contestatoarea mai arată că autoritatea contractantă nu putea ajunge la o asemenea concluzie, întrucât:

- nu a analizat *„în fond”* ofertele, din punct de vedere *„financiar”*, având în vedere că oferta SC ... SRL a fost exclusă, fără ca aceasta să fie analizată din punct de vedere al conținutului și al concordanței cu cerințele caietului de sarcini și al documentației de atribuire și nici oferta celeilalte societăți, cu care se pretinde că s-a realizat alianța neconcurențială, nu s-a analizat, deoarece a fost înlăturată întrucât nu a

justificat prețul „aparent neobișnuit de scăzut”, raportat la cele practicate frecvent pe piața de profil;

- SC ... SRL a depus oferte doar pentru loturile 5 și 6, astfel că, pe de o parte, SC ... SRL nu a fost interesată să participe la adjudecarea lucrărilor pentru aceste două loturi, iar pe de altă parte, loturile vizate de către SC ... SRL și loturile vizate de către cealaltă societate, respectiv 1 și 3, nu au nicio legătură sau dependență de vreo factură;

- legea se referă la asemănări și sancționează „conținutul documentelor nestandardizate”, situație care nu se verifică în speță, întrucât documentul apreciat ca fiind unul „standardizat” al cărui conținut a fost minuțios și clar stabilit prin documentația de atribuire, fiind intitulat „Formularul 11”, încât textul este inaplicabil de vreme ce nu îi este satisfăcută această condiție premisă, sine qua non;

- folosirea de către SC ... SRL pe acest document standardizat (formularul 11) a denumirii SC ... SRL nu putea fi imputată acesteia din urmă, care nu este responsabilă pentru fapta altui operator economic participant la licitație, pentru loturi diferite, și nu putea conduce la invalidarea ofertei acesteia;

- nu rezultă care este legătura între folosirea abuzivă/neavenită a denumirii SC ... SRL și „propunerile financiare”, în contextul în care capitolele ori câmpurile obligatorii din formular sunt standardizate, iar cele două societăți au „aplicat” pentru loturi diferite și cu independență totală între ele;

- nu rezultă ce anume a determinat autoritatea contractantă, în prezența furnizării unui document standardizat cu denumirea greșită a numelui firmei sale, să considere că există „suficiente indicii rezonabile” pentru încheierea unor „acorduri” nepotrivite, respectiv că este „proporțional”, într-o astfel de situație, să anuleze oferta societății al cărei nume a fost uzurpat, cel mai probabil, ca urmare al unei erori pur materiale, fără să se ceară nicio explicație sau lămurire, anterior descalificării, de la cei doi agenți economici;

- dreptul pozitiv român reglementează expres și cu titlu de excepție situațiile angajării răspunderii (indiferent de factură/natură) pentru fapta altuia, iar autoritatea contractantă a găsit doar oferta SC ... SRL ca fiind neconformă/inacceptabilă, pentru greșeala altui operator economic, în vreme ce oferta celui care a creat această situație a fost înlăturată nu pentru acest motiv, ci pentru că nu a fost clarificat prețul considerat nejustificat de mic. În acest context, consideră că rezultatul adoptat de autoritatea contractantă poate fi plasat în sfera ilicitului penal și a abuzului de autoritate, în contextul în care SC ... SRL a consumat resurse pentru pregătirea documentației, dezideratul său de a obține profit pentru realizarea activităților ce se circumscriu obiectului său de activitate fiind năruit;

- nu există „informații concrete” care să documenteze existența unui „acord” care viciază libera concurență cu privire la serviciile ce se contractează;

- investigația efectuată de inspectorii Consiliul Concurenței, la sesizarea autorității contractante, nu s-a soldat cu vreo soluție, SC ... SRL furnizând toate datele și informațiile deținute pentru a se verifica/valida pretinsul „acord” care a distorsionat concurența;

- dacă exista acest „acord” care afecta concurența, pentru a avea finalitate, acesta ar fi trebuit să vizeze aceleași loturi, însă petenta subliniază că putea opta pentru calea legală a participării „în asociere” la licitație;

- în formularul standardizat depus de SC ... SRL având denumirea SC ... SRL este că aceasta, dintr-o greșeală materială, a lăsat această denumire întrucât a folosit și a lucrat pe un tipizat mai vechi, din anul 2022, unde a participat împreună la o licitație la D.S.

Întrucât și acea procedură a fost anulată, cele două societăți nu au putut lucra împreună și nu au mai avut niciodată, nici pe piața privată vreun contact ori lucrări comune, aceea asociere dictată de dotările și posibilitățile logistice ce aveau nevoie să se completeze nefiind considerată oportună pentru licitația de la ..., pentru care SC ... SRL a depus ofertă ca ofertant unic.

Cu adresa nr. 6249/30.08.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 47680/31.08.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere prin care face precizarea că, în urma analizei documentelor depuse de către ofertanți în faza de evaluare financiară, comisia de evaluare a constatat faptul că pe documentul „Centralizator Financiar al Obiectelor”, document ce face parte din propunerea financiară a ofertantului SC ... SRL, depusă în cadrul lotului nr. 3, este menționat numele unui alt ofertant, respectiv cel al ofertantului SC ... SRL.

Drept urmare, prin adresa nr. 3715/23.05.2023, comisia de evaluare a solicitat Consiliului Concurenței exprimarea punctului de vedere, iar prin adresa nr. 7401/01.08.2023, acesta a comunicat „(...) *În cazul de față, existența cumulativă a situațiilor prevăzute la art. 167 alin. (5) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu indiciile identificate de autoritatea de concurență, creează suspiciunea că operatorii economici concurenți menționați au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză*”.

Având la bază acest răspuns, comisia de evaluare a decis excluderea operatorilor economici SC ... SRL și SC ... SRL din procedură, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, în coroborare cu art. 137 alin. (2), lit. b) din HG 395/2016, ofertele fiind declarate inacceptabile.

În ceea ce privește critica din contestație ce vizează faptul că autoritatea contractantă nu a analizat ofertele din punct de vedere financiar, precizează că formularul depus de către autoritatea contractantă la dispoziția ofertanților grupează serviciile ce fac parte din contract, iar documentele depuse de către cele 2 societăți au în principiu același conținut, existând suficiente indicii de asemănare între cele 2 abordări privind întocmirea ofertei.

Totodată, în susținerea deciziei comisiei de evaluare, autoritatea contractantă solicită Consiliului să examineze și celelalte propuneri financiare ale celorlalți ofertanți din procedură, de unde se observă o abordare total diferită de cea a contestatarului, ce diferă de la ofertant la ofertant, în funcție de abordarea fiecărui ofertant în parte.

În ceea ce privește afirmația contestatarului că investigația Consiliului Concurenței nu s-a soldat cu vreo soluție, precizează că prin adresa nr. 7401/01.08.2023, Consiliul Concurenței a comunicat că *în cazul de față, existența cumulativă a situațiilor prevăzute la art. 167 alin. (5) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu indiciile identificate de autoritatea de concurență, creează suspiciunea că operatorii economici concurenți menționați au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză*", aspect ce nu putea fi ignorat de către comisia de evaluare.

În ceea ce privește susținerea din contestație, în sensul că dintr-o greșeală ofertantul SC ... SRL ar fi folosit numele contestatarului, autoritatea contractantă susține că relativ la explicația din contestație tocmai "formularul standardizat" nu a mai fost standardizat. Din documentele publice în SEAP, la procedura din 2022 a Direcției Silvice ... nu există acest formular în cadrul anunțului de participare .../16.01.2022, rezultând că nu se solicită documentul centralizator financiar al obiectelor nefiind în cadrul formularelor, nici ca cerință la nivelul caietului de sarcini sau al fișei de date din cadrul anunțului.

Totodată, arată că abordarea aleasă de către cele două societăți este aceeași în condițiile în care conținutul formularului nu respectă "formularul standardizat" pus la dispoziție de către autoritatea contractantă în cadrul formularelor.

Autoritatea contractantă face precizarea că membrii comisiei de evaluare nu au căutat să sancționeze un ofertant sau altul, dar nu puteau să ignore cele constatate în urma evaluării ofertelor.

Aceasta consideră argumentele contestatarului, în sensul că ambele societăți să aibă aceeași abordare privind întocmirea ofertei financiare, prelungesc nejustificat această procedură de achiziție. Pe cale de consecință, solicită respingerea contestației SC ... SRL ca nefondată, cu consecința menținerii raportului procedurii și a dreselor de comunicare a rezultatului procedurii.

În replică, cu adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 48204/04.09.2023, SC ... SRL a formulat „concluzii scrise” prin care susține următoarele:

I. Autoritatea contractantă invocă pentru prima dată dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, care face trimitere la art. 215 alin. (2) din legea cadru.

Evocarea acestui temei, nou, în opinia sa, este străin de oficiul original al autorității contractante, întrucât se referă la un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile stabilite în

documentația de atribuire, dar nu se evocă teza finală a normei, care sancționează necompletarea DUAE.

Contestatoarea arată că textul de la 215 alin. (4) din legea cadru, pe care-l explicitează dispozițiile reglementare, consideră „inacceptabilă” oferta care nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia.

Așadar, potrivit acestei fundamentări, s-a apreciat drept „inacceptabilă” oferta SC ... SRL, deși oferta celui alt participant a fost acuzată de infirmități ale formei, nereguli față de care acestuia nu i s-au pretins niciun fel de clarificări.

II. Autoritatea contractantă a sesizat Consiliul Concurenței cu propria constatare, conform căreia pe documentul centralizator financiar al obiectelor, document ce face parte din propunerea financiară a ofertantului SC ... SRL, depusă în cadrul lotului nr. 3, este menționat numele unui alt ofertant, respectiv cel al ofertantului SC ... SRL, pentru ca în urma răspunsului acestei autorități oferta SC ... SRL să fie înlăturată, decizia fiind luată pe baza „suspiciunii” încheierii unor „acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză”.

Așadar, suspiciunea pe care a ridicat-o oferta SC ... SRL a fost deferită Consiliului Concurenței, care a returnat-o tot ca „suspiciune”, cu niciun element concret, suplimentar, fiind utilizată ulterior în fundamentarea înlăturării exclusiv a ofertei SC ... SRL.

Contestatoarea solicită Consiliului să constate, pe de o parte, că nici până astăzi Consiliul Concurenței nu a emis/adoptat vreo decizie față de sesizarea D.S. ..., iar pe de altă parte, investigația inspectorilor acestei autorități s-a realizat la data de 08 august 2023, inspecția corespunzătoare fiind programată în intervalul 08 — 10 august 2023 prin dispoziția șefului acesteia, în vreme ce respingerea ofertei SC ... SRL a fost comunicată la 11 august 2023.

Aceasta reiterează că, deși autoritatea contractantă avea posibilitatea legală de a solicita lămuriri/clarificări, nu a întreprins niciun demers către ofertantul SC ... SRL, ci direct către Consiliul Concurenței, care a reluat aceleași „suspiciuni”, care față de SC ... SRL reprezintă o prezumție de vinovăție, iar față de autorul erorilor nu produce nicio consecință în cadrul analizării ofertelor în cadrul procedurii.

III. Referitor la presupusa explicație redată în contestație, în ceea ce privește existența denumirii societății SC ... SRL pe formularul tipizat al altui ofertant, consideră că ea nu trebuie să fie nici cea reală și nici cea reținută în soluționare de către Consiliu, întrucât aceasta reprezintă mai degrabă o supoziție.

IV. În ceea ce privește inserarea în punctul de vedere a conținutului tabelar pentru Formularul 11 — Centralizatorul Financiar al obiectelor conținând cerințele de completat, însoțit de mențiunea că: „documentele depuse de către cele 2 societăți au în principiu același conținut (...)”, petenta consideră că această concluzie este absolut

firească de vreme ce „câmpurile” sunt predefinite, fiind vorba despre un formular „standardizat”, oferit în documentație cu caracter de adeziune.

Contestatoarea face precizarea că niciun participant nu poate modifica acest conținut predefinit, standardizat, asemeni unei grile, decât sub riscul de a fi înlăturată oferta, tocmai pentru că nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării prezentării acesteia, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

V. Maniera în care este formulat punctul de vedere al autorității contractante contravine principiilor prevăzute de reglementările pe care autoritatea contractantă le-a invocat, astfel:

- alin. (1) lit. d) a art. 167 din Legea nr. 98/2016 nu se verifică în speță, întrucât privește „documentele nestandardizate”, iar nu pe cele „standardizate” sau impuse, relativ la topografie și conținut predefinit, de către tocmai pretențiile autorității contractante, prin documentația de atribuire, cum este cazul Formularului 11 - „Centralizator Financiar al Obiectelor”;

- reglementând o sancțiune, aceasta este e strictă interpretare, astfel că autoritatea contractantă declară neconformă/inoperantă oferta pe temeiul pentru care a optat, în una din două situații „suficiente indicii rezonabile/plauzibile” sau „informații concrete pentru a considera...”, care, de asemenea, nu se verifică în speță; procedând contrar și reținând „suspiciunea” (care nu este reglementată sau nu poate conduce la sancțiunea extremă a înlăturării ofertei), chiar dacă este dublată tot de „suspiciunea” Consiliului Concurenței, drept temei al excluziei ofertei SC ... SRL, autoritatea contractantă a adăugat la lege, ceea ce este inadmisibil;

- autoritatea contractantă nu exprimă niciun răspuns față de susținerea conform căreia loturile 5 și 6, pentru care SC ... SRL a depus ofertă, pe de o parte, au independență sub toate aspectele față de lotul 3, la care a participat ofertantul care a creat această situație, iar pe de altă parte, SC ... SRL nu a depus ofertă pentru lotul 3, după cum nici celălalt ofertant nu a depus ofertă pentru loturile 5 și 6, astfel încât apreciază că, și dacă s-ar fi încheiat vreun acord destabilizator al liberei concurențe, acesta ar fi fost fără efecte, neimputabil;

- susținerile autorității contractante sunt la modul general și nu identifică o conduită repudiată de lege, vorbind despre „asemănări semnificative”, fără nicio nominalizare și/sau detalieri);

- deși a respectat principiile care guvernează procedurile de achiziție publică, excesul, abuzul, rătăcirea sau greșeala unui ofertant nu-i produce acestuia niciun efect, oferta sa fiind respinsă pentru alte criterii, însă se răsfrânge exclusiv asupra ofertei altui ofertant, care nu a avut nicio legătură cu completarea eronată a Formularului nr. 11;

- în ipoteza în care s-a optat pentru „acord anticoncurențial”, nu se verifică raționamentul autorității contractante, care înlătură cu această fundamentare doar oferta SC ... SRL, iar nu pe a celui cu care pretinde că s-a produs înțelegerea, pe care o găsește vinovată de alte infirmități de fond/formă.

SC ... SRL a înaintat Consiliului contestația de față, îndeplinind procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin depunerea recipiselor de consemnare nr. ..., în valoare de 49.536,00 lei și nr. ..., în valoarea de ...,00, constituite la CEC BANK – Sucursala

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

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru, pe loturi, având ca obiect „Servicii pentru silvicultură 2023 – DS ...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare .../25.03.2023, împreună cu documentația de atribuire.

Valoarea estimată a întregii proceduri este de 12.227.404,59 lei, fără TVA, criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Conform procesului-verbal nr. 3260/08.05.2023 și a declarației de participare publicată în SEAP în data de 02.05.2023, au depus oferte, pentru cel puțin unul din loturile procedurii, un număr de 7 ofertanți. Pentru loturile 5 – OS ... ului și 6 – OS ... oara, au fost depuse câte 5 oferte și respectiv 4 oferte, printre care se numără și cele depuse de SC ... SRL, contestatoarea din prezentul dosar.

Conform raportului procedurii nr. 5801/10.08.2023, oferta depusă de SC ... SRL pentru loturile 5 și 6 a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, iar procedura de atribuire pentru aceste două loturi a fost anulată, conform prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, fiind depuse doar oferte neconforme și/sau inacceptabile.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale și de anulare a procedurii pentru loturile 5 și 6, SC ... SRL a formulat prezenta contestație.

Consiliul reține că motivul care a determinat autoritatea contractantă să efectueze cercetări cu privire la denaturarea concurenței, prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016 [„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză”] a fost faptul că într-un document din propunerea financiară depusă de SC ... pentru lotul 3, respectiv Formularul 11 - Centralizatorul financiar al obiectelor, în locul denumirii acestui ofertant apare, în două rânduri, denumirea ofertantului contestator, SC ... SRL, deși pe respectivul formular este aplicată ștampila SC

Consiliul are în vedere că situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016 a fost explicată de legiuitor la alin. (5) ale aceluiași articol, iar la alin. (6) și (7) a fost prevăzută modalitatea de acțiune a autorității contractante atunci când consideră că se află într-o asemenea situație:

„(5) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d) se consideră că autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză în următoarele situații, reglementate cu titlu exemplificativ:

a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire;

b) în cadrul organelor de conducere a 2 sau mai multor operatori economici participanți la procedura de atribuire se regăsesc aceleași persoane sau persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care au interese comune de natură personală, financiară sau economică sau de orice altă natură;

c) un ofertant/candidat a depus două sau mai multe oferte/solicitări de participare, atât individual cât și în comun cu alți operatori economici sau doar în comun cu alți operatori economici;

d) un ofertant/candidat a depus ofertă/solicitare de participare individuală/în comun cu alți operatori economici și este nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte/solicitări de participare.

(6) Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenței punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile.

(7) Autoritatea contractantă are obligația furnizării tuturor informațiilor solicitate de Consiliul Concurenței, în vederea formulării punctului de vedere, conform dispozițiilor alin. (6).”

Consiliul constată că, după ce în cadrul ofertei depusă de un alt ofertant în cadrul acestei proceduri, autoritatea contractantă a identificat numele contestatoarei, aceasta a procedat în conformitate cu prevederile alin. (6) și (7) precitate și a solicitat punctul de vedere al Consiliului Concurenței.

Astfel, prin adresa nr. 3888/30.05.2023, autoritatea contractantă a prezentat situația, în fapt și în drept, depunând documentele necesare și solicitând Consiliului Concurenței un punct de vedere:

„În urma analizei documentelor depuse de către ofertanți în faza de evaluare financiară, comisia de evaluare a constatat faptul că pe documentul Centralizator financiar al obiectelor, document ce face parte din propunerea financiară a ofertantului S.C. ... SRL, depusă în cadrul lotului nr. 3, este menționat numele unui alt ofertant respectiv cel al ofertantului S.C. ... SRL.

Menționăm faptul că cei 2 ofertanți au depus ofertă pe loturi diferite respectiv S.C. ... SRL pentru loturile nr. 1 și 3, iar S.C. ... SRL pentru loturile nr. 5 și 6. [în continuare este invocată legislația incidentă, respectiv art. 167 alin. (1) lit. d), alin (5) lit. a) și alin. (6) din Legea nr. 98/2016]

Astfel vă rugăm să ne transmiteți în termenul legal stipulat de lege, punctul dvs. de vedere cu privire la indiciile identificate mai sus și care vizează denaturarea concurenței în cadrul prezentei proceduri de atribuire.”

Cu adresa nr. 7401/01.08.2023, Consiliul Concurenței a răspuns solicitării autorității contractante, astfel:

„Consiliul Concurenței, în calitatea sa de autoritate administrativă autonomă în domeniul concurenței, își exprimă punctul de vedere cu privire la indiciile identificate de autoritatea contractantă, care pot viza denaturarea concurenței prin încheierea unor acorduri de către operatorii economici ofertanți în cadrul procedurii de atribuire, așa cum este prevăzut în Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare (denumită, în continuare, Legea nr. 98/2016), în baza informațiilor și documentelor transmise de către aceasta.

Prin adresa transmisă ați semnalat faptul că, în urma analizei documentelor depuse de către ofertanți în faza de evaluare financiară, comisia de evaluare a constatat faptul că pe documentul „Centralizator financiar al obiectelor”, document ce face parte din propunerea financiară a ofertantului ... SRL, depusă în cadrul lotului nr. 3, este menționat numele unui alt operator, respectiv cel al ofertantului ... SRL.

Analiza documentelor transmise, respectiv modul de ofertare al celor două întreprinderi, cu declarații, oferte tehnice și oferte financiare aproape identice, indică probabilitatea adoptării unui plan comun de denaturare a concurenței, cu scopul de a-și maximiza șansele de câștig ale contractului, elemente care ar putea crea suspiciunea că cei doi ofertanți nu și-au întocmit ofertele în mod autonom și independent.

Precizăm faptul că simpla existență a indiciilor prevăzute mai sus, luate individual, nu conduce, prin ea însăși, la distorsionarea procesului competițional desfășurat în cadrul procedurii de achiziție publică.

Însă, în cazul de față, **existența cumulativă a situațiilor prevăzute la art. 167 alin. (5) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016**, coroborate cu indiciile identificate de autoritatea de concurență, creează **suspiciunea că operatorii economici concurenți menționați au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.**

În cazul în care autoritatea contractantă decide excluderea operatorilor economici de la procedura de atribuire, aceștia din urmă au posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere.”

Consiliul constată că din răspunsul Consiliului Concurenței rezultă existența cumulativă a situațiilor prevăzute la art. 167 alin. (5) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

„a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire;

b) în cadrul organelor de conducere a 2 sau mai multor operatori economici participanți la procedura de atribuire se regăsesc aceleași persoane sau persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care au interese comune de natură personală, financiară sau economică sau de orice altă natură.”

De asemenea, Consiliul Concurenței a identificat și alte motive care creează suspiciunea că cei doi ofertanți nu și-au întocmit ofertele în mod autonom și independent respectiv „modul de ofertare al celor două întreprinderi, cu declarații, oferte tehnice și oferte financiare aproape identice”, concluzia Consiliului Concurenței, autoritate responsabilă cu aplicarea regulilor de concurență, fiind aceea că s-a creat „suspiciunea că operatorii economici concurenți menționați au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză”.

Consiliul constată că, în mod corect, autoritatea contractantă a pus în aplicare concluzia Consiliului Concurenței și a respins oferta depusă de SC ... SRL pentru loturile 5 și 6, ca inacceptabilă, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul nu poate reține niciunul dintre argumentele contestatoarei din contestație sau concluzii scrise.

Astfel în ceea ce privește existența sau nu de „suficiente indicii rezonabile/informații concrete”, chiar din adresa Consiliului Concurenței, rezultă că au fost identificate nu doar „indicii rezonabile”, ci că „există suspiciunea” încheierii unor acorduri care au ca rezultat denaturarea concurenței.

Referitor la aspectul invocat la pct. 4.2 din contestație, conform căreia asemănarea celor două oferte vizează forma și nu conținutul, Consiliul constată că, dimpotrivă, este vizat conținutul, respectiv denumirea ofertantului care apare în Formularul 11 și nu forma propriu-zisă a tabelului. Totodată, chiar dacă autoritatea contractantă nu a făcut o evaluare completă a propunerii financiare, o analiză specifică a acesteia a fost efectuată de Consiliul Concurenței cu privire la elementele specifice ale acestei autorități, acesta constatând că „modul de ofertare al celor două întreprinderi, cu declarații, oferte tehnice și **oferte financiare aproape identice**, indică probabilitatea adoptării unui plan comun de denaturare a concurenței”.

Referitor la faptul că SC ... SRL a depus oferte pentru loturile 5 și 6, iar SC ... SRL a depus oferte pentru alte două loturi, respectiv loturile 1 și 3, aceasta nu constituie un element atenuant, ci unul agravant, demonstrând o înțelegere anterioară cu privire la împărțirea loturilor ofertate, cei doi competitori având grijă să nu să nu fie în competiție pentru aceleași loturi.

Potrivit teoriei matematice a probabilităților, dacă cei doi ofertanți SC ... SRL și SC ... SRL ar fi ales să oferteze pentru două loturi din cele 6 pentru care ceilalți operatori economici au prezentat interes și s-au depus oferte, probabilitatea ca să oferteze un lot comun era de $(2/6 + 2/6) \times 100\% = 66,66\%$.

Chiar și în situația în care ar fi ofertat pentru câte 2 loturi din cele 7 ale procedurii, ar fi fost probabilitate mai mare de a oferta un lot comun, decât de a oferta amândoi pentru loturi diferite, respectiv: $(2/7 + 2/7) \times 100\% = 4/7 \times 100\% = 57,14\%$.

Referitor la faptul că documentul la care se face referire, respectiv Formularul 11 este unul standardizat, Consiliul are în vedere că Formularul este unul standardizat numai cu privire la titlu și denumirea coloanelor și rândurilor și nu cu privire la conținutul acestora sau cu privire la celelalte notații din afara tabelului. Ori, denumirea operatorului economic SC ... SRL apare de 2 ori pe în acest formular, în afara tabelului, denumirea fiind precedată de sintagma „ofertant” deși oferta aparține SC ... SRL, așa cum rezultă și din ștampila aplicată pe acest formular.

Faptul că numele SC ... SRL apare pe Formularul 11 depus de SC ... SRL, demonstrează că între acești operatori economici au fost schimburi de informații cu privire la elementele ofertei; reiese că Formularul 11, cu datele completate, a fost transmis de SC ... SRL către SC ... SRL.

Consiliul are în vedere că, potrivit prevederilor art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: „Părțile au obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile și apărările lor în mod corect și complet, fără a denatura sau omite informațiile care le sunt cunoscute”.

Autoarea contestației are cunoștință de faptul că oferta depusă de SC ... SRL pentru loturile 1 și 3 a fost respinsă pentru faptul că acest ofertant nu a răspuns solicitării autorității contractante privind

justificarea prețurilor ofertate, din comunicarea rezultatului procedurii către SC ... SRL, ceea ce dovedește că și pe parcursul evaluării ofertelor între cele două societăți ofertante au existat schimburi de informații.

Conform raportului procedurii, pe lângă acest motiv, oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă și în baza art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016: „Drept urmare, în baza celor consemnate de Consiliul Concurenței, comisia de evaluare decide excluderea operatorilor economici **SC ... SRL** și **SC ... SRL** din procedură, în temeiul alin. (1) lit. d) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, în coroborare cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, ofertele fiind declarate inacceptabile.”

Acest aspect a fost cuprins chiar în actul de comunicare al rezultatului procedurii, pe care autoritatea contractantă l-a transmis contestatoarei, în care se face referire și la respingerea ofertei SC ... SRL în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, pe care contestatoarea nu l-a reținut, fapt evident chiar din prima referire din concluzii scrise.

În ceea ce privește explicația „logică” pe care contestatoarea o găsește pentru apariția denumirii sale într-un Formular al unei alte ofertante, respectiv faptul că într-o procedură din anul 2022 cu DS ... (identificată de autoritatea contractantă a fi procedura nr. CN ...) a participat ca ofertant în asociere cu SC ... SRL, Consiliul constată că această explicație este illogică din cel puțin două motive: (i) în respectiva procedură nu s-a solicitat completarea niciunui formular, cu atât mai puțin a unui formular identic cu cel din prezenta procedură și (ii) la respectiva procedură ofertant a fost Asocierea SC ... SRL (lider) - SC ... SRL, prin urmare ar fi trebuit să apară numele asocierii sau doar numele liderului, respectiv SC ... SRL, și nu al asociatului SC ... SRL.

De remarcat este și faptul că legislația în domeniul achizițiilor publice nu prevede în mod expres solicitarea de clarificări ofertantei în cauză, așa cum este în cazul altor motive de excludere, cum ar fi cel de la art. 167 alin. (1) lit. f), când la alin. 7¹ se prevede în mod expres: „Înainte ca autoritatea contractantă să excludă din procedură un candidat/ofertant care se află în situația prevăzută la alin. (1) lit. f), aceasta trebuie să îi acorde respectivului candidat/ofertant posibilitatea de a demonstra că implicarea sa în pregătirea procedurii de achiziție nu poate denatura concurența”.

În ceea ce privește susținerea din concluziile scrise privind „vehicularea refractivă de către autoritatea contractantă cu titlu de noutate, direct în adresa de înaintare a punctului de vedere, a dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016”, Consiliul are în vedere că în actul de comunicare al rezultatului procedurii către contestatoare se menționează: „Drept urmare, în baza celor consemnate de Consiliul Concurenței, comisia de evaluare decide excluderea operatorilor economici SC ... SRL și SC ... SRL din procedură, în temeiul alin. (1) lit. d) al art. 167 din Legea nr. 98/2016, în coroborare cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, ofertele fiind declarate inacceptabile”, așa cum s-a consemnat și în raportul procedurii.

Având în vedere că nici în actul de comunicare a rezultatului procedurii și nici în celelalte documente ale procedurii emise de autoritatea contractantă (raportul procedurii, procese-verbale intermediare) nu se face o referire la motivele de incidență ale prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 [„2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”], Consiliul consideră că, în ceea ce privește oferta contestatoarei, acest motiv de drept nu este argumentat în fapt și, în consecință, nu poate fi luat în considerare ca motiv de respingere a ofertei depusă de SC ... SRL.

Pentru motivele de mai sus, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

Împotriva acesteia se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini.