CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE
Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de ….., cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată în registrul comerțului cu nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal de ....., lider al asocierii: ..... SA – ..... SRL, împotriva adresei nr. ...../....., de comunicare a finalizării fazei de verificare DUAE, emisă de …… ..... (…….. .....), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., nr. ……., județul ....., în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări „modernizare gospodărie de apă și extindere rețele de apă și canalizare în comuna ....., județul .....", cod CPV 45231300-8 - Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev.2), s-a solicitat ...../....., constatarea nelegalității acestei adrese, neîncadrarea subcontractantului ……. în situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. e) și f) din Legea nr. 98/2016, neîncălcarea art. 59 din Legea nr. 98/2016, reevaluarea ofertei, precum și constatarea caracterului de conformitate a ofertei.

Prin cererea de intervenție nr. 393/19.11....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48058/19.11....., depusă de ……., având adresa de corespondență în București, str. Drumul Belșugului nr. 49A, sector 6, lider al asocierii

……. - ……. - …….. - ……., a solicitat respingerea contestației depuse de …….. ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ....atacă adresa nr. ...../....., reprezentând comunicarea rezultatului etapei de analiză DUAE, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Cu privire la caracterul de nelegalitate a adresei nr. ...../....., autoarea contestației a precizat că aceasta nu respectă prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nefiind incluse motivele concrete care au stat la baza respingerii ofertei. De asemenea, contestatorul subliniază că autoritatea contractantă a considerat că răspunsul la solicitarea de clarificări a fost neconcludent, fără însă a da alte explicații și a indica articolul de lege încălcat.

Contestatorul arată că prin adresa nr. 8971/30.10..... i s-a cerut, de către autoritatea contractantă, înlocuirea subcontractantului ...., ca urmare a unei suspiciuni formulate de către un alt participant la procedură, care a invocat situația prevăzută de art. 167 alin (1) lit. e) și f), întrucât ...., a elaborat documentația de avizare a lucrărilor de intervenție.

La data de 06.11..... prin adresa nr. 326, contestatorul a răspuns autorității contractante, cu privire la faptul că subcontractantul .... nu s-a aflat într-o situație de conflict de interese în legătură cu prezenta procedură, întrucât documentația în faza DALI a fost pusă la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți fără ca .... să beneficieze de date suplimentare privind întocmirea ofertei financiare. De asemenea, autoritatea contractantă a pus la dispoziția tuturor posibililor ofertanți documentația de avizare a lucrărilor în forma completă furnizată de elaboratorul acesteia, inclusiv expertiza tehnică, avize, certificatul de urbanism, studiul geotehnic, breviarele de calcul, determinările și mai ales toate aspectele financiare care au stat la baza estimării valorii viitoarelor lucrări: deviz general și pe obiecte, analiza cost-beneficiu. Toți ofertanții au avut la dispoziție aceleași date privind conductele de apă, de canalizare (diametre, lungimi, adâncimi de pozare, materiale), stații de pompare ape uzate (construcții, diametre, adâncimi, caracteristici echipamente de pompare, s.a.).

Astfel, autoritatea contractantă s-a asigurat că nu se va produce un conflict de interese și nu va manifesta o concurență neloială între ofertanți. În data de 05.10....., prin răspunsul la solicitarea de

clarificări nr. ……./05.10....., autoritatea contractantă a pus la dispoziția tuturor posibililor ofertanți, piesele desenate în format .dwg, în acest fel orice ofertant căruia i s-ar atribui contractul aferent prezentei proceduri de achiziție avea la dispoziție toate informațiile complete, așa cum au fost elaborate și predate de elaboratorul DALI.

Potrivit documentației de atribuire, criteriul de atribuire a fost prețul cel mai scăzut, acesta nefiind de natură să inducă crearea unui conflict de interese sau denaturarea concurenței. În situația în care autoritatea contractantă opta pentru aplicarea factorilor de evaluare (ex. termenul de realizare a documentațiilor), care puteau crea un avantaj elaboratorului DALI, atunci se năștea situația opozabilă prevederilor art. 167 alin. (1) lit. e) și f).

Societatea .... nu a participat la elaborarea răspunsurilor la solicitările de clarificări (raporturile contractuale s-au finalizat în luna iulie 2017), iar termenul de elaborare a ofertelor din cadrul prezentei proceduri a fost rezonabil și exhaustiv pentru toți posibilii participanți, respectiv 25 zile (de la ..... la 15.10.....), în condițiile în care la art. 113 alin. (5) lit. c) din Legea nr. 98/2016 s-a prevăzut o durată minimă de 15 zile. De asemenea, elaboratorul DALI-ului nu a avut alte raporturi de colaborare cu autoritatea contractantă, de exemplu servicii de consultanță, asistență sau expertiză care ar putea genera suspiciuni cu privire la posibila implicare în elaborarea documentației de atribuire, a procedurii de achiziție.

Oferta prezentată de asocierea contestatoare, cu implicarea subcontractantului .... a fost bazată pe elemente comune puse la dispoziția tuturor celor interesați, iar în cadrul ofertei s-au regăsit atât DUAE cât și declarația în baza art. 59 și art. 60 din Legea nr. 98/2016, prin care și-a asumat inexistența unui conflict de interese.

În acest fel au fost respectate, întru totul, principiile statuate de prevederile art. 2 alin. (2) din legea achizițiilor publice, de notorietate fiind și punctele de vedere emise de ANAP, dar și numeroase ghiduri și îndrumare, dintre care menționează: Ghidul practic destinat membrilor structurilor de conducere cu privire la identificarea conflictelor de interese în procedurile de achiziții publice referitoare la acțiuni structurale elaborate de comisia europeană, Ghidul privind incompatibilitățile și conflictele de interese emis de Agenția Națională de Integritate.

Față de cele menționate anterior, contestatorul subliniază că scopul măsurilor impuse de legiuitor în sarcina autorității contractante, prin prevederile juridice anticitate, este asigurarea unei concurențe reale, scop ce poate fi obținut, printre altele, prin participarea unui număr cât mai mare de operatori economici, și nu prin eliminarea ofertanților ca urmare a unui formalism excesiv al comisiei de evaluare, în baza unor simple prezumții, temeri ale membrilor acestora.

În acest sens, contestatorul a menționat cu titlu de exemplu un punct de vedere emis de ANAP, precum și jurisprudența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Prin adresa nr. ……./15.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……../16.11....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia.

Autoritatea achizitoare, ținând cont de prevederile art. 62 alin. (1) și (2), a solicitat de la asocierea ofertantă un punct de vedere, cu privire la o posibilă încălcare a prevederilor art. 59 din Legea nr. 98/2016. Asocierea ..... SA - ..... SRL a transmis în data de 06.11....., răspunsul care nu a fost concludent. Având în vedere prevederile art. 170 alin. (1), autoritatea contractantă avea obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 în legătură cu subcontractanții propuși. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 170 alin. (2), comisia de evaluare a solicitat ofertantului ..... SA, să înlocuiască subcontractantul SC ...., fără a modifica conținutul propunerii tehnice, deja depuse, în caz contrar fiind incidente prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. e) și f) a fost invocată de asocierea ....- ....- ....- ...., prin adresa nr. …./19.10....., înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. …./22.10.....

În concluzie, ținând cont de argumentele prezentate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depuse.

Prin adresa nr. …./19.11....., înregistrată la Consiliu cu nr. …./19.11....., ...a depus cerere de intervenție, prin care a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Societatea intervenientă, menționând capitolul IV – Organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire, secțiunea a 4-a - Elaborarea documentației de atribuire din Legea nr. 98/2016, subliniază faptul că, în cadrul procedurii de față, specificațiile tehnice se regăsesc în DALI elaborat de ...., ca parte a documentației de atribuire, iar elaborarea documentației de atribuire face parte din organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire, astfel că societatea comercială în cauză este furnizor de servicii de achiziție. .... este furnizor de servicii de achiziție, indiferent dacă a participat sau nu la întocmirea răspunsurilor la clarificări, atâta timp cât a elaborat DALI-ul, care este parte componentă a documentației de atribuire.

Intervenientul a mai menționat și art. 59, art. 60, art. 61, art. 167, art. 169, art. 170 din Legea nr. 98/2016, și a subliniat faptul că art. 61 a prevăzut clar că ofertantul câștigător nu poate angaja persoane juridice care au fost implicate. Astfel, ... nu poate participa la derularea contractului, sub sancțiunea rezilierii de drept a contractului.

Analizând documentația de atribuire, prin raportare la modul de elaborare a ofertei și încadrarea lucrărilor în articole de deviz, ofertantul ..... SA - ..... SRL, cu subcontractant ...., a avut următoarele tipuri de avantaje:

Deținerea de informații și date care permiteau stabilirea de către ei, în ofertă, a cantităților exacte, spre deosebire de ceilalți participanți la procedură care puteau doar să estimeze o mare parte a cantităților de lucrări. Astfel, toți ofertanții, prin respectarea documentației de atribuire, estimează cantități de lucrări, pe când .... calculează exact cantitățile de lucrări, având avantajul de a nu avea riscul de a cuprinde cantități mai mari decât cele strict necesare.

Ofertantul, care are în echipă elaboratorul DALI, a deținut informațiile necesare calculului exact al cantităților de lucrări la nivel de articol de deviz pentru aproximativ 365 de zile (din octombrie 2017 până la 15.10.....) spre deosebire de ceilalți ofertanți care au avut la dispoziție doar 25 de zile.

Societatea intervenientă menționează și informațiile la care .... a avut acces spre deosebire de ceilalți ofertanți:

În cadrul documentației de atribuire postate pe SICAP nu au fost atașate avizele în totalitate, lipsind planurile pe care au fost trasate rețelele de alimentare cu energie electrică cu specificarea caracteristicilor acestora și planurile cu trasarea rețelei de telefonie.

Totodată, în cadrul fișierului „avize.pdf”, postat în SICAP, a fost publicată doar partea scrisă a avizelor, nu și planurile anexă pe care furnizorii de servicii și-au trasat rețelele existente.

În cuprinsul acestui fișier se regăsește avizul furnizorului de energie electrica …….. care precizează clar că „în zona studiată S.D.E.E. ..... deține următoarele instalații energetice: LEA0.4 kV, LEA 20kV, LES 0.4 kV, LES 20 kV". Ofertantul .... este singurul care deține informații exacte necesare calculului de cantități de lucrări de săpătură manuală în zona de intersecție cu rețelele de energie existente. De asemenea, este singurul care deține informații privind tipul și structura rețelelor din zona stațiilor de pompare, informații care permit stabilirea mai exactă a soluției de branșare cu cantitățile aferente.

Referitor la informațiile în legătură cu stabilirea cantităților pentru branșamentele electrice, autoritatea contractantă a primit o solicitare de clarificări la care a răspuns în data de 01.10..... (răspuns clarificare 1) prin care a transmis că trebuie respectată documentația de atribuire, menționând doar că pentru gospodăria de apă exista un post trafo, iar pentru stațiile de pompare există „linii de forță", în condițiile în care rețelele de energie electrică și tipul acestora au fost trasate de …… și anexate avizului, dar nu au fost anexate documentației de atribuire, ... având acces la acestea.

De asemenea, în același fișier se regăsește avizul furnizorului de servicii de telefonie, ……, care precizează, în mod clar, la punctul 3, că „în punctele de încrucișări și paralelism între lucrările din proiect și instalațiile de telecomunicații existente, lucrările se vor executa manual", drept pentru care au anexat avizului „un exemplar al documentației în care au fost inserate, cu aproximație, infrastructura de comunicații existentă". În documentația de atribuire nu a fost anexat planul anexă al

avizului, ... putând calcula cu exactitate cantitățile necesare de lucrări de săpătură manuală, ceilalți făcând doar calcule estimative.

Conform DALI, parte componentă a documentației de atribuire (fișierul „DALI-piese scrise.pdf"), ... a avut acces la informații suplimentare existente în următoarele documente care NU au fost atașate documentației de atribuire postate în SICAP: expertiza tehnică privind rețeaua de apă în execuție, Pt+DE sistem de canalizare și epurare ape uzate menajer.

Prezentul contract este unul de extindere a rețelelor existente. Astfel, informațiile de natură tehnică cuprinse în documentele care descriu rețelele existente permit stabilirea unor cantități de lucrări și soluții exacte pentru rețeaua care urmează a se executa.

În mod nereal, contestatorul ..... SA afirmă că s-au pus la dispoziție toate planurile în format .dwg. Deși au existat două solicitări clare de a se pune la dispoziție în completarea documentației de atribuire planurile .dwg cu amplasarea rețelelor de apă și canalizare propuse la faza DALI, autoritatea contractantă nu a atașat decât planurile cu ridicarea topo a situației existente, nu și planurile cu rețelele propuse. În răspunsul la solicitările de clarificări din data de 08.10....., autoritatea menționează în mod clar „Autoritatea contractanta nu deține DALI in format .dwg". Din planurile atașate documentației de atribuire, respectiv planuri printate și pe urmă scanate, se observă că acestea au fost elaborate într-un program de specialitate, respectiv autocad.

Astfel, …… a avut la dispoziție formatul electronic al proiectului cu rețelele propuse, care a permis calcularea cu exactitate a cantităților de lucrări cum sunt, de exemplu, suprafețele de carosabil afectate care trebuie refăcute. Intervenientul a avut la dispoziție planuri printate și scanate cu cota de inițială de 1:1000. În urma etapelor de printare și de scanare cotele nu se mai păstrează, fiind alterate, neputând calcula cu exactitate lățimile zonelor de carosabil afectate.

.... a avut la dispoziție profilul longitudinal al rețelei și toate cotele x, y, z, fără de care nu puteau fi amplasate căminele de vizitare care i-au permis stabilirea cu exactitate a cantităților de săpătură. Deși planul cu profilele longitudinale trebuiau atașate la DALI acestea nu au fost postate în SICAP.

În ceea ce privește timpul avut la dispoziție de ...., față de ceilalți operatori economici interesați de participarea la procedura relevantă în cauză, acesta a avut avantajul prezentării de ofertă la nivel de detaliu. Iar, intervenientul și-a asumat în plus riscul de a nu finaliza oferta în termenul de 25 de zile de la apariția anunțului până la data limită pentru depunerea ofertelor, pe când .... nu a avut acest risc având avantajul de a putea efectua antemăsurătorile pe o perioada de 14 ori mai mare (356 de zile).

În susținerea admiterii cererii de intervenție a fost menționată și jurisprudența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Referitor la recomandarea ANAP postată pe siteul său, autoritatea contractantă a respectat-o întocmai, îndeplinindu-și obligația de a verifica ofertele care se pot situa în situația unui conflict de interese. În urma verificărilor și sesizării pe care societatea intervenientă a făcut-o în cadrul procedurii, autoritatea contractantă a luat singura măsură legală care se impunea, respectiv respingerea ofertei. Nicio altă măsură de remediere nu putea fi luată, întrucât ofertantul ..... SA a obținut de la subcontractantul ……. informații suplimentare față de documentația de atribuire și informații tehnice din DALI, cu aproximativ 365 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor. Oferta a fost deja elaborată pe baza acestor informații și a timpului suplimentar, fapt ce nu mai oferă nicio altă variantă de remediere în afară de respingerea ofertei.

Întrucât intervenientul a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a comunicat acestuia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise, prin adresa nr. ……/.....-...../ 20.11..... ……, în urma studierii dosarului cauzei, a transmis în 29.11....., o adresa, înregistrată la Consiliu cu nr. ……../29.11....., în care menționează că nu va depune concluzii scrise.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă …….. ..... (…….. .....) a inițiat o procedură simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări „modernizare gospodărie de apă și extindere rețele de apă și canalizare în comuna ....., județul .....", prin publicarea în SEAP a anunțului nr. ...../..... Valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 12.952.883 lei. Termenul limită de depunere a ofertelor a fost 15.10.....

La procedura de atribuire au fost depuse oferte de către asocierea ..... SA –..... SRL și asocierea ....- ....- ....- .....

Cererea de intervenție formulată de ....SRL, înregistrată la Consiliu la data de 19.11....., a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației.], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 13.11....., contestația ..... SA, astfel că termenul limită de depunere a acestei cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 23.11..... Rezultă astfel că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 64 alin. (2), art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că, în cadrul procedurii de

atribuire în cauză, ...SRL are calitatea de ofertant, iar cererea sa privește respingerea contestației, deci implicit menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Prin adresa nr. ...../....., autoritatea contractantă a comunicat către asocierea ofertantă următoarele:

Comisia de evaluare in urma evaluarii DUAE si a răspunsurilor la solicitările de clarificări, va comunica faptul ca oferta dvs a fost respinsa, la etapa DUAE, ca inacceptabila, si se va introduce in SEAP (SICAP) acest .....

Motivele respingerii sunt urmatoarele:

-Neinlocuirea subcontractantul SC ...., ca urmare a solicitării de clarificari (intrebarea 2), avand in vedere situatia prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. e) si f).

-Răspunsul la solicitarea de clarificari (întrebarea 3) este neconcludent.

Relevante în soluționarea contestației sunt următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 59 *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 - *(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. (2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), prin acționar sau asociat semnificativ se înțelege persoana care exercită drepturi aferente unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social sau îi conferă deținătorului cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală*.

- art. 61 *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 *(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.

- art. 167 alin. (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: […]*

  e) se află într-o situație de conflict de interese în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, iar această situație nu poate fi remediată în mod efectiv prin alte măsuri mai puțin severe;

  f)participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe.

Consiliul reține că, prin adresa nr. ……/30.10....., comisia de evaluare a solicitat de la asocierea ..... SA - ..... SRL și următoarele clarificări:

2. Avand in vedere prevederile art. 170 alin 1 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.
In conformitate cu prevederile art. 170 alin 2 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, comisia de evaluare solicită ofertantului asocierea S.C. ..... SA si SC ..... SRL, o singură dată, să înlocuiască subcontractantul SC ...., fara a modifica continutul propunerii tehnice deja depuse, in caz contrar fiind incidente prevederile art 134 alin 6 din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.
Situatia prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. e) si f) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice a fost invocata de Ofertantul Asocierea SC ....- SC ....- SC ....- SC .... prin adresa nr. ……../19.10....., înregistrata la sediul autoritatii contractante cu nr. ……../22.10.....
3. Avand in vedere prevederile art. 62 alin 1 si 2 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, va rugam sa ne transmiteti punctul dvs de vedere cu privire la o posibila incalcare a prevederilor art. 59 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

Asocierea ofertantă a răspuns prin adresa nr. ……../06.11....., (informații ce au fost incluse și în contestație), din care Consiliul reține următoarele:

Cu privire la întrebarea nr. 2 și 3 din solicitarea de clarificări considerăm necesar să clarificăm câteva aspecte, si anume:

Consideram ca prevederile art. 167 alin.(1) lit e) și f) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, NU SE APLICA IN ACEST CAZ , intrucat subliniem că asocierea noastră și subcontractantul Etos Constr S.R.L., NU se află într-o situație de conflict de interese în cadrul sau în legătură cu prezenta procedură, și NU am participat sub nicio formă la pregătirea procedurii de atribuire, neexistând o situație care să conducă la o distorsionare a concurenței.

Societatea Etos Constr. S.R.L. a elaborat documentația de avizare a lucrărilor de intervenție, în raport cu care susnumita nu beneficiază de informații suplimentare față de cele puse la dispoziția tuturor posibililor ofertanți. Autoritatea contractantă a pus la dispoziția tuturor posibililor ofertanți documentația de avizare a lucrărilor în forma completă furnizată de elaboratorul acesteia, inclusiv expertiza tehnică, avize, certificatul de urbanism, studiul geotehnic, breviarele de calcul, determinările și mai ales toate aspectele financiare care au stat la baza estimării valorii viitoarelor lucrări: deviz general și pe obiecte, analiza cost-beneficiu. In acest fel, autoritatea contractantă s-a asigurat că nu se va produce un conflict de interese și nu va manifesta o concurență neloială între ofertanți.

Mai mult decât atât, în data de 05.10....., prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr……./05.10....., autoritatea contractantă a pus la dispoziția tuturor posibililor ofertanți, piesele desenate în format .dwg, astfel că orice ofertant căruia i s-ar atribui contractul aferent prezentei proceduri de achiziție are la dispoziție, toate informațiile complete astfel cum au fost elaborate și predate de elaboratorul DAL1.

Facem mențiunea că, potrivit documentației de atribuire, criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut, acesta nefiind de natură să inducă crearea unui conflict de interese sau denaturarea concurenței. In situația In care autoritatea contractantă opta pentru aplicarea factorilor de evaluare (ex. termenul de realizare a documentațiilor), care puteau crea un avantaj elaboratorului DALI, atunci se năștea situația opozabilă prevederilor art. 167 alin.(l) lit. e) și f).

In altă ordine de idei, societatea Etos Constr. S.R.L. nu a participat la elaborarea răspunsurilor la solicitările de clarificări (raporturile contractuale s-au finalizat în luna iulie 2017) iar termenul de elaborare a ofertelor din cadrul prezentei proceduri, a fost rezonabil și exhuastiv pentru toți posibilii participanți, respectiv 25 zile (de la ..... la 15.10.....), în condițiile în care la articolul 113 alin.(5) lit. c) din Lg nr.98/2016 se prevede o durată minimă de 15 zile. De asemenea, elaboratorul DALI-ului nu a avut alte raporturi de colaborare cu

autoritatea contractantă, ex. servicii de consultanță, asistență sau expertiză care ar putea genera suspiciuni cu privire la posibila implicare în elaborarea documentației de atribuire/ a procedurii de achiziție.

Oferta prezentată de asocierea noastră, cu implicarea subcontractantului Etos Constr. S.R.L. este bazată pe elemente comune puse la dispoziția tuturor celor interesați iar în cadrul ofertei noastre regăsiți atât DUAE cât și declarația în baza art. 59 și 60 din Lg nr.98/2016 prin care ne asumăm inexistența unui conflict de interese. […]

Evocăm, cu titlu de exemplu, un punct de vedere emis de ANAP, de anvergură generală: […]

Exemplele sunt numeroase chiar și în deciziile emise de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor. Situațiile în care Consiliul a considerat existența unui conflict de interese au existat numai atunci când ofertantul/subcontractantul a avut calitatea atât de elaborator al documentațiilor tehnice cât și de consultant sau contributor la elaborarea documentației de atribuire. Dorim să precizăm că redarea trunchiată a unor decizii CNSC nu trebuie să fie de natură a influența comisia de evaluare în luarea unei decizii cu privire la înlocuirea subcontractantului Etos Constr. S.R.L.

<u>Ca atare situație, nefiind incidente dispozițiile art. 167, alin.(1), lit e) și f), NU se impune schimbarea subcontractantului Etos Constr. S.R.L.</u> […]

Comisia de evaluare a decis și consemnat, în procesul-verbal nr. 3/9232/....., respingerea ofertei asocierii, cu următoarele argumente:

Solicitare de clarificari:

Comisia de evaluare a solicitat prin adresa nr. ……./30.10..... ca in conformitate cu prevederile art. 170 alin 2, să se înlocuiască subcontractantul SC ...., avand in vedere situatia prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. e) si i).

Răspuns solicitare de clarificari:

In urma răspunsului la solicitarea de clarificari, depus in SEAP (SICAP), in data de 06.11..... ora 14:53, ofertantul prin justificările aduse a concluzionat ca nu se impune schimbarea subcontractantului SC ...., nefiind incidente dispozițiile art. 167 alin 1 lit e) si f).

Cerința neindeplinita […]

Oferta asocierii SC ..... SA și SC ..... se respinge ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 lin. (5) din HG nr. 395/2016, pentru următoarele motive:

-Neinlocuirea subcontractantul SC ...., ca urmare a solicitării de clarificari (intrebarea 2), avand in vedere situatia prevăzută la art. 167 alin. 1 lit. e) si f).

-Răspunsul la solicitarea de clarificari (întrebarea 3) este neconcludent.

Analizând documentele de la dosarul cauzei, Consiliul constată că în niciun document autoritatea contractantă nu a justificat, pertinent, respingerea acestui ofertant:

- în procesul de evaluare nr…../30.10..... a menționat sesizarea conflictului de interese de către asocierea SC ....- SC ....- SC ....- SC ....;
- iar în procesul-verbal nr. ……./..... a concluzionat doar că respingerea este cauzată de refuzul asocierii ofertante de a înlocui subcontractantul și neconcludența răspunsului la solicitarea de clarificări.

Deși unitatea achizitoare a apreciat că se impunea înlocuirea subcontractantului, nu a explicat necesitatea acestei înlocuiri, ci doar a menționat, în solicitarea de clarificări din 30.10....., cererea SC .... (lider al asocierii ofertante SC ....- SC ....- SC ....- SC ....), adresată autorității contractante, de a se constata conflictul de interese în care se află SC ...., subcontractant al asocierii contestatoare, din cauza participării acestuia la elaborarea studiului de fezabilitate.

Dispozițiile art. 62 alin. (2) din legea achizițiilor obligă achizitorul la solicitarea unui punct de vedere de la ofertant, dar, în prealabil, avea *obligația de a întreprinde orice demersuri necesare pentru a stabili dacă situația respectivă reprezintă o situație de conflict de interese.* Un astfel de demers nu se regăsește în procesul de analizare a situației în cauză.

Prin modul de argumentare a respingerii ofertei, cu referire doar la opinia ……, autoritatea contractantă a subscris evaluării ofertei, realizată de către o terță parte care nu are astfel de atribuții.

Dispozițiile HG nr. 395/2016 stabilesc, în mod clar, persoanele îndreptățite a analiza ofertele depuse:

- membrii comisiei de evaluare, numiți în temeiul art. 126 din HG nr. 395/2016 [*Autoritatea contractantă are obligația de a desemna, pentru atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru, persoane responsabile pentru evaluarea ofertelor și, după caz, a solicitărilor de participare, care se constituie într-o comisie de evaluare. (2) În sensul prevederilor alin. (1), din cadrul comisiei de evaluare pot face parte membri aparținând compartimentelor autorității contractante și, după caz, din cadrul entității finanțatoare a contractului de achiziție publică, dacă autoritatea contractantă transmite o solicitare motivată în acest sens. În cazul în care beneficiarul final al contractului/acordului-cadru este o altă autoritate contractantă, din cadrul comisiei de evaluare pot face parte membri aparținând atât autorității contractante care organizează procedura de atribuire, cât și autorității contractante beneficiare.],*

cărora le revin atribuțiile stabilite prin art. 127 alin. (1) din același act normativ: *[(1) În raport cu sarcinile și responsabilitățile, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții: […] b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați; […] j) stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile*

şi/sau neconforme, precum şi a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii];

- experții cooptați, nominalizați în baza art. 126 alin. (3) din HG nr. 395/2016 *[În cazul în care evaluarea solicitărilor de participare/ofertelor necesită o expertiză aprofundată în domeniul achizițiilor publice ori de natură tehnică, financiară, juridică și/sau privind aspectele contractuale specifice, autoritatea contractantă poate desemna, pe lângă comisia de evaluare, specialiști externi numiți experți cooptați.]*

Așadar, din cele de mai sus, se observă că singurele persoane îndreptățite să realizeze o analiză a ofertelor sunt membrii comisiei de evaluare și experții cooptați.

În cazul în care comisia de evaluare ia act, prin intermediul unei sesizări din partea unui participant la procedura de atribuire, despre o eventuală neregulă, membrii acestei comisii au obligația să analizeze situația semnalată, în vederea atribuirii corecte a contractului, să examineze toate împrejurările relevante pentru adoptarea unei decizii, nu să lase în sarcina unui ofertant evaluarea concurentului său.

În ceea ce privește cererea de înlocuire a subcontractantul SC ...., Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare nu au aplicat, întocmai, dispozițiile art. 170 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.*

Așa cum s-a menționat anterior, comisia de evaluare nu a făcut dovada verificării existenței vreunei situații de excludere de la art. 164, 165 și 167 din legea achizițiilor, referitor la subcontractant.

Deși avea obligația identificării și verificării situației de excludere comisia de evaluare nu a respectat aceste prevederi, ci doar a solicitat de la ofertant, în 30.10....., un punct de vedere cu privire la o posibila încălcare a prevederilor art. 59 din Legea nr. 98/2016.

În pofida faptului că asocierea ofertantă a transmis un răspuns detaliat, autoritatea contractantă a apreciat răspunsul neconcludent, fără a determina neclaritatea explicațiilor, care parte din argumente nu sunt lămuritoare. Drept consecință a răspunsului neconcludent, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei și pentru neînlocuirea subcontractantului.

O astfel de conduită din partea autorității contractante este în contradicție cu dispozițiile art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care impun solicitarea unui alt subcontractant doar în situația în care este identificată o situație de excludere, comisia nedeterminând care dintre prevederile de la art. 164, 165 și 167 din lege nu a fost respectată.

Mai mult, achizitorul nu a respectat nici regulile de informare a asocierii ofertante asupra deciziei de respingere, așa cum impune prin art. 215 din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.

(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: […] b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale, motive care lipsesc din adresa nr. ...../.....

Autoritatea contractantă lasă, atât la înțelegerea asocierii ..... SA - ..... SRL, cât și a Consiliului, să deducă motivele de excludere a acestei oferte din intervenția formulată de ....SRL.

Consiliul observă că intervenientul și-a construit cererea sa, referitoare la situarea subcontractantul SC .... într-un conflict de interese, pe veritabile critici aduse modului de derulare a procedurii de atribuire, respectiv la alocarea unui termen insuficient necesar întocmirii ofertelor, nepunerea la dispoziție a tuturor documentelor tehnice, deținerea de către asocierea reclamantă a unor informații tehnice care nu au fost date publicității acestei proceduri de atribuire.

Consiliul, analizând argumentele de stabilire a conflictului de interese (la care autoritatea contractantă subscrie, deși nu sunt consemnate în niciun document pe care acesta să-l fi emis), constată că toate acestea nu i se pot reproșa contestatorului, ci sunt imputabile inițiatorului procedurii.

Față de alocarea unui timp insuficient de întocmire a ofertei, autoritatea contractantă a decalat data depunerii ofertelor, de la 10.10..... la 15.10..... În ceea ce privește nepunerea la dispoziție de către autoritatea contractantă a tuturor documentelor, din cauza faptului că SC .... nu le-ar fi prezentat beneficiarului studiului de fezabilitate, această critică privește documentația de atribuire.

Toate aceste reproșuri trebuiau îndreptate de intervenient către autoritatea contractantă, pe calea solicitărilor de clarificări, în temeiul art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, până la termenul limită de depunere a ofertelor. Iar pentru cererile/întrebările la care nu ar fi primit răspuns, ori față de răspunsurile pe care le consideră nemulțumitoare, ar fi trebuit să formuleze contestație, în termenul de 5 zile instituit de art. 8 din Legea nr. 101/2016:

Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins

sau a interesului legitim, în termen de: […] b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Așadar, criticile din cererea intervenientului nu pot fi luate în considerare, deoarece privesc documentația de atribuire și nu modul de evaluare a DUAE.

Pe de altă parte, sarcina întocmirii documentației de atribuire, prin publicarea ei în SEAP, revine autorității contractante, conform art. 21 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *Autoritatea contractantă poate iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după ce au fost elaborate și aprobate documentația de atribuire și documentele suport.* Nu i se poate reproșa contestatorului stabilirea termenului de depunere a ofertelor și documentele publicate în SEAP.

Dacă autoritatea considera că, în vederea participării operatorilor economici la procedură, sunt necesare și alte informații decât cele pe care le-a inclus în documentația de atribuire, trebuia să se îndrepte împotriva elaboratorului studiului de fezabilitate.

Prin inițierea procedurii de atribuire, la ....., autoritatea contractantă a confirmat respectarea art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016: […] Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Astfel, documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nefiind contestată de niciun operator economic, toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea intervenientă. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit

documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

Consiliul constată că, în sesizarea conflictului de interese, din 19.10....., intervenientul reclamă avantaje pe care contestatorul le-ar fi deținut în elaborarea ofertei sale (opinie la care subscrie autoritatea contractantă, prin invocarea acestei adrese în procesul-verbal nr. ……../30.10.....). Însă, la momentul contestării deciziei de respingere (.....), implicit la data sesizării conflictului de interese (19.10.....), nu a fost realizată o evaluare a propunerilor tehnice, deci nu se poate determina crearea unui avantaj contestatorului.

Luând în considerare criticile ....SRL, din 19.10....., precum și explicațiile din răspunsul ..... SA, din 06.11....., Consiliul constată că .... nu se află într-un conflict de interese, pentru următoarele argumente:

...., prin realizarea studiului de fezabilitate, nu are calitatea de furnizor de servicii auxiliare, neîncadrându-se în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016:

d) activități de achiziție auxiliare - activități care constau în furnizarea de asistență și suport pentru activitățile de achiziție, în special infrastructura tehnică care să permită autorităților contractante atribuirea de contracte de achiziție publică sau încheierea de acorduri-cadru pentru lucrări, produse ori servicii, sau asistență și consiliere cu privire la desfășurarea ori structurarea procedurilor de achiziție publică, sau pregătirea și administrarea procedurilor de atribuire în numele și în beneficiul autorității contractante în cauză;

În temeiul art. 2 alin. (1) și (6) din HG nr. 395/2016, furnizorul serviciilor auxiliare achiziției sprijină compartimentul de achiziție al autorității contractante:

(1) În vederea realizării achizițiilor publice, autoritatea contractantă înființează în condițiile legii un compartiment intern specializat în domeniul achizițiilor, format, de regulă, din minimum trei persoane, dintre care cel puțin două treimi având studii superioare, precum și specializări în domeniul achizițiilor.

(6) În aplicarea prevederilor prezentului articol, autoritatea contractantă are, totodată, dreptul de a achiziționa servicii de consultanță, denumite în continuare servicii auxiliare achiziției, în vederea sprijinirii activității compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor, precum și pentru elaborarea documentelor/ documentațiilor necesare parcurgerii etapelor procesului de achiziție publică și/sau pentru implementarea unor programe de prevenire/diminuare a riscurilor în achizițiile publice, vizând toate etapele, de la planificarea/pregătirea procesului, organizarea/aplicarea procedurii de atribuire și până la executarea/monitorizarea implementării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv în raport cu activitatea comisiei de evaluare și/sau soluționarea contestațiilor.

Or, ... a realizat studiul de fezabilitate și nu activități de sprijinire a compartimentului intern specializat și nici elaborarea de documente necesare parcurgerii etapelor procesului de achiziție.

În consecință, nu sunt aplicabile nici prevederile art. 61 din Legea nr. 98/2016, întrucât .... nu are calitatea de furnizor de servicii de achiziții, așa cum subliniază intervenientul.

În acest sens s-a pronunțat și CJUE, în hotărârea sa din 3 martie 2005, în cauzele reunite C-21/03 și C-34/03 …… împotriva Belgiei, pct. 36:

[…] În mod contrar, o persoană sau firmă care a efectuat muncă de cercetare, studii sau acțiuni în legătură cu contracte publice de lucrări, de furnizare, sau de servicii, nu poate fi exclusă de la participarea la procedura de achiziții publice ca ofertant dacă i-a fost dată ocazia să demonstreze că experiența avută în faza anterioară ofertării în legătură cu achiziția respectivă nu a fost de natură să-i creeze vreun avantaj și astfel să distorsioneze competiția".

Relevantă este opinia Agenției Naționale de Achiziții Publice (ANAP), într-o *Speța 215*, publicată în siteul www.achizitiipublice.gov.ro:

Întrebare: Un operator economic X a realizat, în cursul anului 2016, mai multe studii de fezabilitate/DALI și proiecte tehnice pentru o autoritate contractantă Y. În cursul anului 2017, autoritatea contractantă în cauză a demarat proceduri de achiziții publice pentru atribuirea unor contracte de proiectare și execuție lucrări la obiective de investiții pentru care studiile de fezabilitate/DALI aferente au fost întocmite de operatorul economic X, precum și a unor contracte de execuție lucrări la obiective de investiții pentru care proiectele tehnice au fost întocmite tot de acel operator economic. Operatorul economic X nu a participat la elaborarea niciunuia dintre documentele pregătitoare procedurilor de atribuire menționate mai sus, respectiv: documentații de atribuire, caiete de sarcini și fișe de date. Având în vedere cele precizate mai sus, trebuie verificat dacă operatorul economic X se poate afla în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în cazul participării acestuia la procedurile de achiziție publică indicate mai sus (demarate de autoritatea contractantă în anul 2017).

Răspuns: […] Prin urmare, în speța de față, considerăm că prevederile art. 167 alin (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 pot deveni incidente în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de proiectare și/sau execuție lucrări, <u>numai în măsura în care autoritatea contractantă poate demonstra fără echivoc că participarea anterioară a operatorului economic OEX la elaborarea studiilor de fezabilitate/DALI sau proiectelor tehnice pentru obiectivele de investiții respective este de natură a distorsiona concurența</u>, întrucât societatea în cauză se afla în posesia unor informații pe care ceilalți participanți la procedură nu le cunoșteau, cât și faptul că deținerea acestor informații ar crea un avantaj inițial, menit să conducă din start la defavorizarea celorlalți operatori

economici. Mai exact, pentru a se putea prevala de dispozițiile articolului sus-citat, autoritatea contractantă trebuie să se afle în posesia unor dovezi de necontestat că prestarea serviciilor de elaborare a studiilor de fezabilitate/DALI sau proiectelor tehnice de către operatorul economic respectiv conduc la distorsionarea concurenței în atribuirea contractelor de proiectare și/sau execuție lucrări pentru aceleași obiective și, totodată, să se afle în imposibilitatea de a remedia aceasta situație prin alte măsuri mai puțin severe. […]

Văzând cele de mai sus, Consiliul constată că subcontractantul SC .... nu se află într-o situație generatoare de conflict de interese, iar decizia de respingere a ofertei asocierii ..... SA - ..... SRL este nelegală. Astfel, respingerea acestui ofertant nu se încadrează în prevederile de la art. 134 alin. 5 din HG 395/2016.

Pentru argumentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va anula procesul-verbal ……../..... și actele subsecvente acestuia, în ceea ce privește oferta asocierii ..... SA - ..... SRL. Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta acestei asocierii, în sensul constatării faptului că nu sunt întrunite condițiile de calificare a situației supusă analizei ca fiind generatoare de conflict de interese, referitor la subcontractantul SC .....

În ceea ce privește cererea de intervenţie formulată de ....SRL, cu privire la contestația depusă de ..... SA, Consiliul o va respinge.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..... SA, în contradictoriu cu …… ..... (…… .....), anulează procesul-verbal ……/..... și actele subsecvente acestuia, în ceea ce privește oferta asocierii ..... SA - ..... SRL. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta acestei asocierii, în sensul constatării inexistenței unui conflict de interese referitor la subcontractantul SC .....

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ....SRL față de contestația ..... SA și, în temeiul art. 67 din același act normativ, o respinge.

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

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