

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: 09.07.2024

Prin contestația nr. 245/22.05.2024, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 32092/23.05.2024, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentat legal de administrator ..., împotriva adresei nr. 1832/16.05.2024, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, și împotriva raportului procedurii nr. 1831/16.05.2024, acte emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: *„Execuția lucrărilor pentru obiectivul de investiții cu titlul «Reabilitare și modernizare dispensar uman în ...»”, cod CPV 45453100-8 (Rev. 2), anunț de participare simplificat nr. .../14.02.2024, s-au solicitat următoarele:*

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1832/16.05.2024, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, precum și a documentelor subsecvente;
- anularea raportului procedurii nr. 1831/16.05.2024 și a tuturor actelor care au stat la baza întocmirii acestuia;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, evaluarea ofertei sale *„potrivit considerentelor deciziei care va fi pronunțată de Consiliu și la refacerea clasamentului ofertanților”*.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația nr. 245/22.05.2024, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 32092/23.05.202, societatea ... arată că, prin raportul procedurii nr. 1831/16.05.2024, oferta sa a fost declarată inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea

Guvernului nr. 395/2016, coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Contestatoarea menționează că, în data de 15.03.2024, a primit solicitarea de clarificări nr. 1033 în cadrul evaluării documentelor DUAЕ și a celor de calificare, prin care i s-a adus la cunoștință că a bifat „NU” în DUAЕ la *Implicare directă sau indirectă în pregătirea acestei proceduri de achiziții publice*, întrucât administratorul societății sale, ..., este Director Adjunct al societății ..., societatea care a întocmit Proiectul Tehnic ce stă la baza prezentei achiziții de execuție lucrări.

Societatea ... susține că i s-a solicitat un punct de vedere cu privire la existența sau nu a unei Situații de distorsionare a concurenței în sensul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016. Nu în ultimul rând, autoritatea contractantă a înștiințat-o cu privire la solicitarea unui punct de vedere Consiliului Concurenței în baza art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, precizează că, în data de 19.03.2024, în termen, a răspuns solicitării comisiei de evaluare cu privire la inexistența unei situații generatoare de conflict de interese și de distorsionare a concurenței, motiv pentru care nu a fost necesară revizuirea DUAЕ.

Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 deoarece:

1. nu a considerat răspunsul societății ... la solicitarea de clarificări îndestulător, deși explicațiile au fost bazate pe prevederile legale aplicabile și au argumentat inexistența vreunui caz ce ar putea conduce la declararea ofertei inacceptabile;

2. consideră distorsionare a concurenței și identitate de operatori economici faptul că administratorul ... este director adjunct al ..., societatea care a întocmit proiectul tehnic.

Având în vedere cele indicate de autoritatea contractantă, contestatoarea se raportează la art. 53 conform căruia operatorii economici definiți conform art. 3 alin. (1) lit. jj) din Lege au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual ofertant asociat candidat terț susținător subcontractant.

În continuare, ... citează art. 167 alin. (1) lit. f) în baza căruia autoritatea contractantă și-a bazat raționamentul: „(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: 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*”.

În opinia sa, autoritatea contractantă a considerat, în mod eronat, aplicabil art. 167 alin. (1) lit. f), deoarece acesta face referire la

implicarea anterioară a operatorului economic în pregătirea procedurii de atribuire.

În acest sens, societatea ... precizează, în primul rând, că nu a participat anterior la pregătirea procedurii, iar identitatea de persoană între administratorul acestei societăți și directorul adjunct al societății ce a întocmit proiectul tehnic nu este de natură a crea identitate între doi operatori economici distincți.

În al doilea rând, susține că proiectul tehnic face parte din dosarul achiziției, acesta este un document public pentru toți operatorii economici interesați să participe la procedura pentru execuția lucrărilor. Orice clarificări privind proiectul tehnic oferite de către proiectant, au fost postate public pe SEAP de către autoritatea contractantă, neexistând niciun document în plus, informație suplimentară sau situație care să conducă la vreo distorsionare a concurenței în vreun fel.

De asemenea, societatea ... subliniază că, în solicitarea de clarificări din 15.03.2024, autoritatea contractantă face confuzie între aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. d) și lit. f), menționând ca suspiciune un posibil acord încheiat între cele două societăți. Apoi, în aplicarea art. 167 alin. (1) lit. d), conform art. 167 alin. (6), în mod corect spune că va solicita un punct de vedere Consiliului Concurenței, însă în final decide uzitarea prevederilor lit. f) și nu mai face referire la niciun punct de vedere adresat Consiliului Concurenței în acest sens.

În acest sens, contestatoarea citează art. 140 alin. (1) din lege: *„În situația în care un candidat ofertant sau o entitate care are legături cu un candidat ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări autorității contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, (...) în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanță, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că participarea respectivului candidat ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurența”,* precum și alin. (2) al aceluiași articol care prevede măsurile ce pot fi luate în contextul identificării situației sus-citate, respectiv: *„comunicarea către ceilalți candidați ofertanți a informațiilor relevante care au fost transmise în contextul participării candidatului ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire sau care decurg din această participare și stabilirea unor termene corespunzătoare pentru depunerea ofertelor.”*

Societatea ... arată că toate informațiile Proiectantului au fost comunicate tuturor celorlalți ofertanți la procedură, toate documentele întocmite de acesta, inclusiv răspunsurile la clarificări anterior depunerii ofertelor, fiind postate în SEAP. În același timp, contestatoarea reiterează că este vorba de doi operatori economici distincți, nici măcar fiind vorba de aceeași societate implicată.

Drept urmare, pentru a putea deveni incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. f), susține că autoritatea contractantă nu a demonstrat fără

echivoc, că participarea anterioară a ... la proiectul tehnic pentru obiectivul de investiții în cauză este de natură a distorsiona concurența, sau că societatea ... s-ar afla în posesia unor informații pe care ceilalți participanți nu le cunosc.

În opinia sa, autoritatea contractantă nu a arătat cum deținerea acestor informații ar crea un avantaj inițial ..., menit să conducă la defavorizarea celorlalți operatori economici. Aceste cerințe ce trebuiau demonstrate de către autoritatea contractantă sunt nu doar inerente evaluării corecte și cu respectarea principiilor achizițiilor publice, dar și cumulativ de dovedit.

Luând în considerare cele menționate, societatea ... consideră că autoritatea contractantă ar fi putut susține că există o distorsionare a concurenței în sensul legii, doar în condițiile în care ar fi demonstrat fără echivoc nu doar că ... se află în posesia unor informații pe care ceilalți participanți nu le posedă, ci și faptul că deținerea acestor informații ar crea un avantaj acestuia, menit să conducă la defavorizarea celorlalți operatori economici.

Astfel, afirmă că, în contextul actual, autoritatea contractantă a extins limitele aplicării prevederilor art. 167 alin. (1) lit. f) la doi operatori economici diferiți, proiectantul ... și ofertantul ..., și nu a demonstrat ce informații în plus posedă ... față de ceilalți participanți la procedură, și nici cum acestea sunt de natură a denatura concurența. În opinia sa, în situația în care autoritatea contractantă a considerat aplicabile prevederile legale susmenționate și nu a reușit să-și demonstreze suspiciunea în vreun fel, extinzând cadrul legal în mod eronat, oferta ... nu trebuia declarată inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 30.811,54 lei.

Prin adresa nr. 1918/27.05.2024, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 32803/27.05.2024, cu privire la contestația formulată de către societatea ..., autoritatea contractantă - ... a transmis punctul de vedere, menționând că a încheiat cu societatea ... contractul nr. 3001 din 15.09.2023 privind servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de derulare a lucrărilor, contract în baza căruia au fost elaborate DTAC, PTh și DE, precum și Răspunsul tehnic transmis de proiectant în baza căruia a fost întocmit răspunsul consolidat postat în SEAP.

Referitor la criticile aduse de către societatea ..., cu privire la decizia incorectă de încadrare a ofertei ca inacceptabilă în conformitate cu art. 137 alin (2) lit. b) din HG 395/2016, coroborat cu art. 167 alin (1) lit. f) din Legea 98/2016, ... precizează că, în etapa de analiza a

documentelor de calificare, comisia de evaluare a identificat la nivelul DUAE depus de ofertantul ..., că Administratorul acestei societăți este Dna. ..., Director Adjunct al Proiectantului

De asemenea, menționează că la nivelul DUAE contestatoarea a bifat cu „nu” la întrebarea: *Implicare directă sau indirectă în pregătirea acestei proceduri de achiziții publice*, deși Dna. ... a fost implicată direct în relația cu autoritatea contractantă, atât în etapa de elaborare a PTh-ul, în baza căruia a derulat prezenta procedură, cât și în întocmirea răspunsului consolidat la solicitările de clarificări, răspuns în baza căruia ofertanții au întocmit propunerile financiare.

Astfel, ... subliniază că au fost solicitate clarificări contestatoarei, prin adresa nr. 1033 din 15.03.2024, respectiv prezentarea unui punct de vedere cu privire la existența sau nu a unei situații de distorsionare a concurenței, așa cum este aceasta definită la art. 167 alin. (1) lit. 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, respectiv încheierea unui acord între Societatea ce a întocmit PTh-ul (implicată indirect în pregătirea documentației de atribuire) și implicit a răspunsului consolidat la solicitările de clarificări tehnice (ce a adus modificări documentației de atribuire postată inițial în SEAP) și ..., ca ofertant la procedură de execuție a lucrărilor.

Autoritatea contractantă arată că la această solicitare, contestatoarea a răspuns în termen în SEAP, răspuns semnat cu semnătură electronică extinsă.

În cele ce urmează, ... redă răspunsul ..., concluzionând că a prezentat un punct de vedere referitor la inexistența apariției unui potențial conflict de interese între persoanele cu funcție de decizie din partea autorității contractante și din partea furnizorului de servicii în domeniul achizițiilor publice prevăzute în documentația de atribuire, situație ce rezultă din completarea Declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute în art. 60 din Legea 98/2016, fapt constatat și de comisia de evaluare la momentul verificării acestui document, însă nu a prezentat un punct de vedere cu privire la implicarea directă sau indirectă în pregătirea acestei achiziții publice și/sau la existența sau nu a unei Situații de distorsionare a concurenței așa cum a fost solicitat.

Totodată, autoritatea contractantă învederează că, prin răspunsul transmis, ... a evitat să prezinte un punct de vedere cu privire la existența unei Situații de distorsionare a concurenței, așa cum este această definită la art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, existând astfel suspiciunea încheierii unui acord între societatea care a întocmit PTh-ul (implicată indirect în pregătirea documentației de atribuire) și implicit răspunsului consolidat la solicitările de clarificări tehnice (ce a adus modificări documentației de atribuire postată inițial în SEAP) și ofertantul la procedura de execuție a lucrărilor.

Având în vedere că administratorul societății ... (conform informațiilor prezentate în DUAE) este și director adjunct al societății ce a întocmit PTh-ul (semnatar al Devizului general), în baza căruia autoritatea contractantă derulează prezenta procedură (implicată indirect în pregătirea documentației de atribuire), cât și faptul că respectiva societate a fost implicată în întocmirea răspunsului consolidat la solicitările de clarificări (ce a adus modificări documentației de atribuire postată inițial în SEAP), răspuns în baza căruia ofertanții au întocmit propunerile financiare, s-a constatat că există o implicare directă sau indirectă în pregătirea procedurii de achiziții publice, pe care ofertantul a evitat să o abordeze la nivelul DUAE, nefiind demonstrat faptul că implicarea nu poate denatura concurența.

Față de cele explicate mai sus, autoritatea susține că a aplicat prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, deoarece administratorul ofertantului a participat anterior direct sau indirect la pregătirea procedurii de atribuire, fapt ce putea conduce la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu putea fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe, comisia de evaluare a exclus din procedură, ofertantul

Astfel, ... subliniază că oferta depusă de ... a fost încadrată drept inacceptabilă în conformitate cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea 98/2016.

În opinia sa, având în vedere că directorul adjunct al proiectantului ..., respectiv dna. ... administrator al ofertantului ... a întocmit Devizul general, respectiv Listele de cantități cu și fără valori, precum și răspunsul consolidat de clarificări (a se vedea răspunsul consolidat și adresa primită din partea proiectantului nr. 43 din 23.02.2024 în baza căruia a fost emis răspunsul), în baza cărora ofertanții și-au întocmit propunerile financiare, cunoscând astfel informații tehnice detaliate a lucrărilor ce ar urma să fie realizate, inclusiv lucrări ce ar putea fi suplimentate sau la care se poate renunța în etapa de execuție, ar putea crea un avantaj inițial, în întocmirea propunerii financiare prin optimizarea costurilor, menit să conducă la defavorizarea celorlalți operatori economici.

Autoritatea contractantă susține că astfel de situație duce la o distorsionare a concurenței, așa cum este aceasta definită la art. 167 alin (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, așa cum rezultă și din Speța ANAP nr. 215 și Decizia Curții de Apel nr. 424 din 13.05.2019.

... menționează că nu a fost sesizat încă Consiliul Concurenței cu privire la cele identificate, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, datorită timpului scurt de implementare a proiectului de finanțare în baza căruia s-a derulat și prezentat procedura, proiect finanțat prin Planul Național de Redresare și Reziliență - PNRR, sesizarea blocând derularea procedurii până la soluționare, implicit și derularea proiectului de finanțare.

În opinia sa, acuzele societății ... cu privire la o practică nelegală a autorității contractante nu sunt susținute și solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

În final, ... afirmă că, în toate etapele procesului de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare și expertul cooptat au respectat principiul tratamentului egal, consacrat de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Prin corespondența înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 33136/28.05.2024, societatea ... a transmis la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare nr. 210255260/1 din 24.05.2024, în valoare de 30.812,00 lei, emisă de CEC BANK – Sucursala Slobozia.

Prin adresa nr. 1938/29.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 33774/30.05.2024, autoritatea contractantă a înaintat documente necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 1938/29.05.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 34992/05.06.2024, autoritatea contractantă a înaintat documente necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 279/06.06.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 35723/07.06.2024, societatea ... a depus concluzii scrise, arătând, în primul rând, că răspunsul său la solicitarea de clarificări a fost la obiect, indiferent de modul în care autoritatea contractantă înțelege să-l intituleze. Tocmai din acest motiv, ... a considerat că nu există niciun motiv pentru modificarea DUAE în sensul celor transmise.

De asemenea, învederează autorității contractante că simpla suspiciune privind încheierea unui acord între operatori economici nu este suficientă pentru a pune în aplicare prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, atât pentru că textul legal impune obținerea unor suficiente indicii rezonabile/informații concrete, cât și pentru că acesta este situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. d). Astfel, ... susține că încă o dată, autoritatea contractantă face confuzie între cele două situații distincte pe care le descrie art. 167 alin. (1), oferta sa fiind declarată inacceptabilă în baza literei f).

În al doilea rând, societatea ... afirmă că situația de față nu se încadrează în vreuna descrisă de art. 167 alin. (1), iar în contestația sa a demonstrat că cele două cerințe cumulative pentru a putea aplica art. 167 alin. (1) lit. f) nu au fost îndeplinite. Primordial, în speță este vorba de doi operatori economici distincti. Apoi, autoritatea contractantă nu a demonstrat fără echivoc, că participarea anterioară a ... la elaborarea Proiectul Tehnic pentru obiectivul de investiții este de natură a distorsiona concurența, sau că societatea ... s-ar afla în posesia unor informații pe care ceilalți participanți nu le cunosc. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă nu a arătat cum deținerea acestor informații ar crea un avantaj inițial ..., menit să conducă la defavorizarea celorlalți operatori economici.

Contestatoarea subliniază că sarcina probei pentru demonstrarea celor sus-menționate este a autorității contractante. Contrar celor enunțate în punctul de vedere, ... precizează că nu era în măsură a demonstra că implicarea nu poate denatura concurența, întrucât acest lucru nu era obligația sa și pentru că niciodată nu se pot dovedi lucruri negative. În acest mod prevede art. 249 din Codul de Procedură Civilă *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească (...)”*, iar art. 250 continuă cu referire la obiectul probei și mijloacele de probă după cum urmează: *„Dovada unui act juridic sau a unui fapt se poate face prin înscrisuri, martori, prezumții, mărturisirea uneia dintre părți, făcută din proprie inițiativă sau obținută la interogatoriu, prin expertiză, prin mijloacele materiale de probă, prin cercetarea la fața locului sau prin orice alte mijloace prevăzute de lege.”*

Astfel, precum Legea achizițiilor publice coroborată cu Codul de procedură civilă o prevăd, sarcina probei revenea autorității contractante, aceasta fiind în măsura și având obligația de a demonstra existența unui fapt (denaturarea concurenței). Ori, în situația în care aceasta nu a dispus de probe suficiente, a acționat excesiv și și-a bazat decizia pe o presupunere, situația pentru care oferta ... a fost declarată inacceptabilă nu se înscrie în nicio situație descrisă de art. 167 alin. (1). Drept dovada în acest sens că simpla suspiciune nu era suficientă este că autoritatea contractantă nu a cerut punctul de vedere al Consiliului Concurenței, precum art. 167. alin. (1) lit. d) o impune.

Luând în considerare toate cele evidențiate, contestatoarea precizează că au fost statuate următoarele în Cauza T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene:

„principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor comunitare să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.” În acest sens, ... susține că autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să declare oferta sa inacceptabilă în lipsa oricărui temei factual și juridic.

În concluzie, în opinia sa, situația de față se poate rezuma astfel:

- Proiectantul ... și ofertantul ... sunt doi operatori economici distincți;

- toate informațiile Proiectantului au fost comunicate tuturor celorlalți ofertanți la procedură, toate documentele întocmite de acesta, inclusiv răspunsurile la clarificări anterior depunerii ofertelor, fiind postate în SEAP; legea nu interzice nici măcar participarea proiectantului la procedura pentru executarea lucrărilor;

- autoritatea contractantă susține fapte (suspiciune de înțelegere între operatori economici) ce se încadrează în situația conturată de

prevederile art. 167 alin. (1) lit. d), însă fără să solicite punctul de vedere al Consiliului Concurenței, precum este impus;

- autoritatea contractantă declară oferta ... ca inacceptabilă în baza art. 167 alin. (1) lit. f), fiind în imposibilitate de a aplica lit. d) sus-descrișă, deși nu există niciun motiv sau vreo bază pe care să se poată argumenta și demonstra vreo denaturare a concurenței; în speță se vorbește de doi operatori economici distincți, nu se arată care erau informațiile în plus deținute de ..., ori avantajul pe care aceste presupuse le-ar aduce și care ar defavoriza vădit ceilalți ofertanți. Toate informațiile privind proiectul tehnic și clarificările aduse de proiectantul ... au fost publice, aduse la cunoștința tuturor, iar contestatoarea și-a elaborat oferta în baza listelor de cantități, exact precum ceilalți operatori.

Societatea ... consideră că declararea ofertei sale ca fiind inacceptabilă a fost făcută de către autoritatea contractantă într-un mod eronat, bazat pe simple presupuneri nefondate și lipsite de temeinicie, iar interpretarea și aplicarea textelor legale a fost incorectă și cu nerespectarea principiului proporționalității.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante documentele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei contestatoarei.

Prin adresa nr. 2086/18.06.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 39085/20.06.2024, autoritatea contractantă a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „*Execuția lucrărilor pentru obiectivul de investiții cu titlul «Reabilitare și modernizare dispensar uman în ...»*”, cod CPV 45453100-8 (Rev. 2), publicând, în S.E.A.P., anunțul de participare simplificat nr. .../14.02.2024.

La pct. II.1.5) din cadrul anunțului de participare, organizatoarea procedurii a precizat că valoarea totală estimată este de 1.540.577,49 lei, fără TVA, iar pct. II.2.5) din cadrul aceluiași document, a fost stabilit criteriul de atribuire: „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Conform raportului procedurii nr. 1831/16.05.2024, oferta depusă de ... a fost respinsă, ca fiind inacceptabilă.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare a cauțiunii cu nr. 210255260/1 din 24.05.2024 din care rezultă consemnarea cauțiunii în cuantum legal, pe seama și la dispoziția C.N.S.C, corespunzător dosarului nr. 1746/2024.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Din analiza contestației, Consiliul reține că nemulțumirea societății ... vizează modul în care autoritatea contractantă a respins oferta sa ca

inacceptabilă, considerând că explicațiile prezentate prin răspunsul său, ca urmare a solicitării de clarificări din partea autorității, *„au fost bazate pe prevederile legale aplicabile și au argumentat inexistența vreunui caz ce ar putea conduce la declararea ofertei inacceptabile”*.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările aferente, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de către operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile acestora și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Prin urmare, la acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de cerințele documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Din lecturarea raportului procedurii nr. 1831/16.05.2024, Consiliul reține că oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

În etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 1033/15.03.2024, solicită contestatoarei următoarele clarificări:

„Referitor la cerința din DUAE - Implicare directă sau indirectă în pregătirea acestei proceduri de achiziții publice, ati bifat cu NU. Având în vedere că Administratorul societății dvs., este și Director Adjunct al Societății ce a întocmit PTh-ul, în baza căruia Autoritatea contractantă derulează prezenta procedură, cât și faptul că respectiva societate a fost implicată în întocmirea Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări, răspuns în baza căruia ofertanții au întocmit ofertele financiare, vă solicităm să clarificați dacă a existat o Implicare directă sau indirectă în pregătirea acestei achiziții publice, implicare ce poate duce la denaturarea concurenței și să prezentați un DUAE revizuit în care să corectați inadvertența identificată.

De asemenea, având în vedere cele consemnate mai sus, vă solicităm un punct de vedere cu privire la existența sau nu a unei Situații de distorsionare a concurenței, așa cum este aceasta definită la art. 167 alin (1) lit. 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, respectiv încheierea unui acord între Societatea ce a întocmit PTh-ul (implicată indirect în pregătirea Documentației de atribuire) și implicit Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări tehnice (ce a adus modificări Documentației de atribuire postată inițial în SEAP) și dvs. ca Ofertant la procedura de execuție a lucrărilor.”

Răspunsul contestatoarei a fost comunicat cu adresa înregistrată la sediul autorității cu nr. 1069/19.03.2024, astfel:

«Referitor la cerința de clarificare, persoana menționată nu a avut implicare directă sau indirectă în achiziția publică, mai sus menționată.

Conform Fisei de date „Cerința 2: Ofertanții, tertii susținători și subcontractanții nu trebuie să se regasească în situațiile prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței:

- se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (ofertanți, tertii susținători, subcontractanți) cu informațiile aferente situației lor;

- se va prezenta Declarația privind neincadrarea în situațiile prevăzute în art. 60 Legea nr. 98/2016.

Nota : Declarația privind neincadrarea în situațiile prevăzute în art. 60 Legea nr. 98/2016 se va prezenta O DATA cu DUAЕ de către toți operatorii economici.

Persoanele ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante în ceea ce privește organizarea, derularea și finalizarea procedurii de atribuire sunt următoarele:

- Curelea Ion - Primar, Trifanescu Danut - viceprimar, Praf Monica - secretar general, Petre Luminița - inspector contabil, Cirstea Daniela Mihaela - consilier achiziții publice, Consilieri locali : Matei Cristian, Plesea Iulian-Daniel, Simoiu Titis Iulian, Simoiu Margareta, Tronam Nicolae, Praf Mihaela, Rotam Vasile Marian, Ghinoiu Mihaela, Oprea Marian, Vlasceanu Puia.

Persoane ce dețin funcții de decizie în cadrul furnizorului de servicii de achiziții în ceea ce privește organizarea, derularea și finalizarea procedurii de atribuire: - Puzdel Razvan Mihai - consultant achiziții publice, Badarau Alina Maria - consultant achiziții publice.

Precizăm că, din punct de vedere al legislației achizițiilor publice, potrivit art. 59 din Legea 98/2016, „(...)”.

De asemenea, art 60 alin (1) din același act normativ enumera, cu titlu exemplificativ, situații potențial generatoare de conflict de interes, astfel: „(...)”.

Astfel, în urma analizării situațiilor generatoare de conflict de interese prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016, situația descrisă de comisie nu se regăsește printre situațiile enumerate mai sus și nici nu se subscrie aceleia descrise de art. 59 din lege, mai sus citat (...).

Prin urmare, legea nu interzice în mod expres o astfel de situație, societatea noastră nu se încadrează în prevederile art. 60 din legea 98/2016, motiv pentru care nu este justificată cererea comisiei de a revizui DUAЕ. Informațiile prevăzute în Proiectul Tehnic fiind publice pentru toți ofertanții, fapt ce Nu poate duce la denaturarea concurenței”.

Față de cele evocate, Consiliul constată că nevoia autorității contractante de a solicita lămuriri, pe aspectul menționat anterior, este determinată de faptul că societatea contestatoare, în cadrul DUAЕ-ului, la rubrica - *Implicare directă sau indirectă în pregătirea acestei proceduri de achiziții publice*, a bifat „NU”, în condițiile în Administratorul societății sale este și Director adjunct al societății care a întocmit Proiectul Tehnic și a fost contribuit la întocmirea răspunsului consolidat la solicitările de clarificări referitoare la documentația de atribuire, răspuns pe baza căruia „ofertanții au întocmit ofertele financiare”.

Legat de acesta aspect, importantă de reținut este și afirmația autorității potrivit căreia: *„a încheiat cu societatea ... contractul nr. 3001 din 15.09.2023 privind servicii de proiectate și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de derulare a lucrărilor, contract în baza căruia au fost elaborate DTAC, PTh și DE, precum și Răspunsul tehnic transmis de proiectant în baza căruia a fost întocmit răspunsul consolidat postat în SEAP.*

Din analiza răspunsului de mai sus, raportat la modul în care autoritatea contractantă a solicitat clarificări, Consiliul constată că singura afirmație a societății contestatoare este că *„persoana mentionata nu a avut implicare directa sau indirecta in achiziția publica, mai sus mentionata”,* dar fără a fi indicată și fără a fi menționat statutul acesteia, urmată de citarea normelor legale, pe care le-a considera relevante. Doar în cadrul contestației, societatea ... precizează că este vorba de d-na ... – Administratorul societății ... și Director adjunct al societății ... – societatea care a întocmit Proiectul Tehnic.

Astfel, întrucât, prin răspunsul său, societatea contestatoare nu prezintă niciun fel de informații care să lămurească cele solicitate de către autoritate, ci s-a limitat doar în a indica persoanele ce dețin funcții de decizie din cadrul autorității contractante, dar fără a explica, în mod concret, de ce d-na ... (din cadrul societății sale), care deține funcțiile precizate mai sus, inclusiv în carul societății ..., nu a avut o implicare directă sau indirectă în achiziția prezentă, respectiv de ce nu ar fi incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 (menționate de către autoritate chiar în adresa nr. 1033/15.03.2024), apar ca fiind aplicabile dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, care stabilesc: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor [art. 209](#) din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/ completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*

În continuare, Consiliul va analiza incidența sau nu a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, respectiv: *„(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:..... 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.”*

Pornind de la constatarea autorității contractante potrivit căreia Administratorul societății contestatoare, în persoana d-nei ..., este și Director adjunct al societății care a întocmit Proiectul Tehnic și a răspuns la solicitările de clarificări (din partea operatorilor economici care doresc

să participe la procedură) asupra documentație de atribuire, aspect care nu a fost negat de către societatea ..., raportat la răspunsul sumar al acesteia din urmă, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a aplicat, în mod corect, norma citată anterior.

În justificarea acestei concluzii, Consiliul ține seama de următoarea afirmație a autorității contractante: „Având în vedere că **directorul adjunct al proiectantului ..., respectiv dna. ... administrator al ofertantului ... a întocmit Devizul general, respectiv Listele de cantități cu și fără valori, precum și răspunsul consolidat de clarificări** (a se vedea răspunsul consolidat și adresa primită din partea proiectantului nr. 43 din 23.02.2024 în baza căruia a fost emis răspunsul), **în baza cărora ofertanții și-au întocmit propunerile financiare, cunoscând astfel informații tehnice detaliate a lucrărilor ce ar urma să fie realizate, inclusiv lucrări ce ar putea fi suplimentate sau la care se poate renunța în etapa de execuție, ar putea crea un avantaj inițial, în întocmirea propunerii financiare prin optimizarea costurilor, menit să conducă la defavorizarea celorlalți operatori economici**”, care nu a fost combătută, în niciun fel de către societatea contestatoare.

De altfel, nici în conținutul contestației sale, societatea ... nu a prezentat explicații care să convingă că afirmația autorității este eronată, ci se limitează doar în a susține că „*în definitiv, toate informațiile Proiectantului au fost comunicate tuturor celorlalți ofertanți, inclusiv răspunsurile la clarificări (...), fiind postate în SEAP*”.

Or, legiuitorul, prin art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, a stabilit, foarte clar, situația de excludere a unui operator economic participant, astfel că nu este suficient ca informațiile proiectantului să fie cunoscute de către operatorii economici, interesați să aplice la această procedură de achiziție publică.

Relevant este faptul că societatea ..., prin Administratorul său, Director adjunct la societatea ..., a participat la pregătirea acestei proceduri de atribuire, prin întocmirea Devizului general, respectiv a listelor de cantități cu și fără valori și la emiterea unor răspunsuri cu caracter tehnic (adresa nr. 43/23.02.2024), stabilind, practic, în numele autorității contractante, soluții tehnico-financiare și reguli, pe care operatorii economici urmează să le respecte la întocmirea ofertelor lor.

În aceste condiții, este evident, că participarea în procedură a operatorului economic ... este de natură să distorsioneze grav concurența, acesta fiind un fapt ce conduce la excluderea sa potrivit prevederilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Această concluzie a fost stabilită și prin Decizia CNSC nr. ..., validată de către Curtea de Apel Oradea, prin Decizia nr. 424/CA/2019-R din 13.05.2019: „(...) Art. 167 lin. 1 lit. f din Legea nr. 98/2016 stipulează că: (...). Acest text a fost aplicat corect de CNSC pentru considerentele prezentate în continuare. Din dosarul achiziției publice rezultă ca operatorul

economic ... a participat la pregătirea procedurii de atribuire, elaborând studiul de fezabilitate, partea desenată a caietului de sarcini și listele de cantități și devize, oferind și răspunsuri cu caracter tehnic la solicitarea de clarificări înaintată autorității contractante de alt ofertant (...). Ori, în condițiile în care în caietul de sarcini s-a menționat că (...), este evident că documentele publicate pentru a fi accesate de ofertanți nu erau în formă integrală, iar din împrejurarea, că (...) SRL a fost în măsură să ofere răspunsuri tehnice la neclaritățile întâmpinate de alți ofertanți este evident că acest operator economic cunoștea date suplimentare față de cele publicate. În aceste condiții apare ca fiind întemeiată susținerea intimitei în sensul că operatorul economic ... SRL, cunoscând toate informațiile existente în studiul de fezabilitate complet, precum și în studiile geotehnice și hidrogeologice, a avut posibilitatea optimizării propunerii financiare, situație ce îndreptățește concluzia că asocierea din care face parte a fost avantajată în raport cu ceilalți ofertanți. Pe cale de consecință, este corectă concluzia Consiliului potrivit căreia autoritatea contractantă trebuie să dispună excluderea din procedura de atribuire a (...) SRL întrucât participarea anterioară a membrului asocierii ... la pregătirea procedurii de atribuire a condus la distorsionarea concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe.

Împrejurarea că toți ofertanții au avut acces la studiul de fezabilitate și la celelalte informații din documentația de atribuire publicate în SEAP nu exclude aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. f din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care din actele dosarului rezultă că operatorul economic care a participat anterior la pregătirea procedurii de atribuire avea cunoștința și le alte date și informații tehnice, de natură a-i crea un avantaj în întocmirea ofertei tehnice și financiare”.

Mai mult, în cazul în care autoarea contestației cunoștea poziția d-nei ... în cadrul societății ... și din cadrul societății ... – Proiectant, avea posibilitatea de a se prevala de dispozițiile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia „Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs”, astfel încât să solicite autorității contractante clarificări sau informații pe acest aspect. Prin urmare, neuzând de această normă legală, prin depunerea ofertei, se prezumă că a cunoscut toate situațiile stabilite de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu ar fi dispus de probe suficiente și a acționat excesiv în respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, în baza art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, întrucât, pe de o parte, ... a efectuat demersurile necesare pe acest aspect, iar, pe de altă parte, răspunsul societății ..., potrivit căruia „persoana menționată nu a avut implicare directă sau indirectă în achiziția publică, mai sus menționată” nu a fost susținut de probe/dovezi, așa cum dispune art. 249 – Sarcina probei din Codul de Procedură Civilă,

potrivit căruia: „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

În concluzie, având în vedere aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...,.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de către societatea ..., cu sediul în ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...

Membru,

...

Membru,

...

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