CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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. ...../....., depusă de SC ..... SRL, lider al asocierii SC ..... SRL – SC …….. SRL, cu sediul în ……., județul ....., CUI ....., cu număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de Mirel Constantin Vlas – director general, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „....., coduri CPV 45233120-6, 45221111-3, 71322500-6, organizată de ..... SA, cu sediul în ……. ....., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale.

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. (.....) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând că, prin adresa nr. ……., denumită „Clarificări ofertă depusă pentru procedura de atribuire a contractului .....”, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștința că, în urma analizării DUAE, comisia de evaluare a constatat că SC ……., terțul susținător și

subcontractant al asocierii, figurează cu „Certificat constatator de reziliere a contractului „Proiectarea și Construcția Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sector 3 A Cluj Vest (Gilău) - Mihăiești km 0+000 - km 25+000, tronson 3A2, KM 8+700 - KM25+500 (Beneficiar …….), cu prejudiciu.” Având în vedere această împrejurare, autoritatea contractantă a solicitat înlocuirea operatorului economic declarat ca terț susținător, respectiv subcontractant.

Asocierea s-a conformat acestei solicitări a ……., comunicând autorității contractante prin scrisoarea nr. T 495 din 14.02..... înlocuirea subcontractantului și terțului susținător SC ……. cu SC …… SRL. Ca urmare a acestei înlocuiri, prin scrisoarea nr. 12B/2444/26.02....., ... a solicitat următoarele: „având în vedere faptul că documentația tehnico-economică, inclusă în documentația de atribuire, a fost elaborată de SC .....SRL, precum și argumentul dvs. din DUAE cu privire la acest aspect, vă rugăm să detaliați și să clarificați dacă participarea operatorului economic la pregătirea documentației de la faza studiului de fezabilitate este în măsură să conducă la o distorsionare a concurenței, prin eventuala deținere a unor informații pe care ceilalți participanți la procedură nu le cunosc.”

Prin răspunsul nr. T664/01.03..... s-au adus clarificările solicitate de către ....., atașându-se, în acest sens, punctul de vedere temeinic argumentat și documentat al operatorului economic SC .....SRL.

În ciuda tuturor clarificărilor și argumentelor aduse, autoritatea contractantă a comunicat prin adresa nr. 12B/3542/21.03..... că: „.....SRL, declarat ca subcontractant și terț susținător, se află sub incidența prevederilor art. 167 alin. (.....) lit. e) Legea nr. 98/2016 potrivit cărora:

(.....) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare din 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.

Prin urmare, ofertantul asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL nu îndeplinește Cerința ..... - Nota 2 și Nota 4 - capacitate tehnică și profesională privind experiența similară, deoarece aceasta este îndeplinită de către terțul susținător, ...SRL.”

Prin raportare la condițiile concrete ale speței, la dispozițiile aplicabile ale legislație achizițiilor publice și la jurisprudența în materie, decizia autorității de a respinge oferta, ca fiind

inacceptabilă și neconformă, este una nejustificată și abuzivă pentru mai multe/argumente detaliate în continuare.

Contestatoarea susține că SC .....SRL nu se află într-o situație de conflict de interese în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, în sprijinul afirmației invocând prevederile art. 59 și art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, conform Îndrumarului pentru Autoritățile Contractante privind Conflictele de Interese în Procesele de Achiziții Publice, în baza Legislației Naționale Privind Achizițiile Publice, și a Strategiei Naționale în Domeniul Achizițiilor Publice („îndrumarul") elaborat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice (pag. 14), art. 59 și 60 din Legea nr. 98/2016 reglementează conflictul de interese de natură administrativă, care comportă trei elemente componente:

- *persoanele cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea achiziției publice sau care pot influența rezultatul acesteia aflați în exercitarea atribuțiunilor funcției;*
- *imparțialitatea în luarea deciziei adoptate în exercițiul funcției;*
- *interesul personal al persoanelor cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea achiziției sau care pot influența rezultatul acesteia.*

Pe de altă parte, art. 61 din Legea nr. 98/2016 sancționează situația în care ofertantul câștigător cu care autoritatea contractantă a încheiat contractul de achiziție publică angajează sau încheie 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".*

Conform îndrumarului, art. 61 are în vedere migrația funcționarilor publici care poate deveni, așa cum se detaliază mai sus, o situație posibil generatoare de conflicte de interese în anumite circumstanțe (atunci când se poate presupune că interesul privat al persoanelor cu funcție de decizie - un nou loc de muncă, un venit suplimentar - primează, în detrimentul interesului public, prin

decizia lipsită de imparțialitate a acestora, în procesul de achiziții publice).

Prin prisma acestor precizări preliminare, operatorul economic declarat ca subcontractant și terț susținător, SC .....SRL nu se încadrează în niciuna dintre ipotezele de mai sus, deoarece;

- nu este un „furnizor de servicii de achiziții” în prezenta procedură de atribuire;
- nu este și nu a fost implicat în procesul de verificare/evaluare a ofertelor;
- personalul său angajat nu a fost implicat în procesul de verificare/evaluare a ofertelor.

SC .....SRL nu se află într-o situație de conflict de interese în înțelesul Legii nr. 98/2016, astfel încât excluderea sa din procedura de atribuire în temeiul art. 167 alin. (.....) lit. e) este nelegală și abuzivă. Autoritatea contractantă nu a furnizat vreo probă din care să reiasă în mod neechivoc că SC .....SRL s-ar afla în vreuna din ipotezele prevăzute de art. 59 - 61 din Legea nr. 98/2016.

Contrar opiniei autorității contractante, serviciile furnizate de către asocierea SC .....SRL - SC ..... SRL în temeiul Contractului de servicii de asistență tehnică ……., în etapa premergătoare inițierii procedurii de atribuire, nu reprezintă „activități de servicii auxiliare” în înțelesul Legii nr. 98/2016.

În cuprinsul adresei nr. 12B/3542/21.03..... privind comunicarea deciziei de respingere a ofertei ca inacceptabilă si neconformă, autoritatea contractantă a afirmat, printre altele, și că: „apreciem că o persoană fizică sau juridică care a elaborat studiul de fezabilitate și/sau proiectul tehnic parte a caietului de sarcini, poate fi considerată furnizor de servicii auxiliare în măsura în care, prin natura activităților desfășurate, acordă și asistență infrastructură tehnică sau poate influența adoptarea unor decizii în legătură cu procedura de atribuire.”

Dispozițiile Legii nr. 98/2016 sunt extrem de clare în această privință, nelăsând loc interpretărilor. Astfel, art. 3 alin. (.....) pct. 4 din Legea nr. 98/2016 definește „activitățile de achiziție auxiliare" drept: „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”. Așa cum reiese din Contractul de servicii de asistență tehnică ……, asocierea SC .....SRL - SC ..... SRL nu a furnizat niciodată autorității

contractante servicii de achiziție auxiliare în înțelesul Legii nr. 98/2016, astfel cum în mod eronat pretinde aceasta. Respectivul Contract de servicii de asistență tehnică a avut ca obiect „elaborarea studiului de fezabilitate, proiectului tehnic, detaliilor de execuție și documentației de atribuire pentru variantele de ocolire Bârlad și Timișoara Sud”, iar nu furnizare de infrastructură tehnică sau consiliere cu privire la structurarea și desfășurarea propriu-zisă a procedurii de atribuire, activități ce sunt apanajul consultanților în achiziții publice și nu al companiilor ce oferă servicii de proiectare, consultanță și management tehnic specializat în domeniul infrastructurii de transport rutier.

Pe de altă parte, în condițiile în care niciunul dintre membrii asocierii SC .....SRL - SC ..... SRL nu participă și nu administrează prezenta procedură de atribuire „în numele și în beneficiul” autorității contractante, în mod evident nu „poate influența adoptarea unor decizii în legătură cu procedura de atribuire”, astfel cum în mod nefondat a susținut ..... în cuprinsul adresei nr. …….

Contrar opiniei autorității contractante, acceptarea SC .....SRL ca subcontractant și terț susținător nu poate crea vreun avantaj în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

Prin adresa nr. T664 din data de 01.03..... s-a răspuns, în mod corespunzător, solicitării de clarificări a autorității contractante, respectiv dacă participarea SC .....SRL „la pregătirea documentației de la faza studiului de fezabilitate este în măsură să conducă la o distorsionare a concurenței, prin eventuala deținere a unor informații pe care ceilalți participanți la procedură nu le cunosc.” În acest sens, a fost atașat și punctul de vedere al SC .....SRL, pe care însă autoritatea contractantă a preferat să îl ignore.

Conform contractului de asociere privind prestarea serviciilor „Asistență tehnică pentru elaborarea Studiului de Fezabilitate, Proiectul Tehnic, Detalii de Execuție și Documentația de Atribuire pentru variantele de ocolire Bârlad și Timișoara sud”, cei doi membrii ai asocierii au convenit să își împartă activitățile asumate prin contractul de servicii de asistență tehnică după cum urmează:

- liderul de asociere - SC .....SRL a realizat serviciile de proiectare pentru varianta ocolitoare Timișoara Sud (fazele SF și pregătirea aplicației FEDR, proiect tehnic la nivel de detalii de execuție și documentația de atribuire pentru lucrări) și a asigurat coordonarea proiectului;
- asociatul SC ..... SRL a realizat serviciile de proiectare pentru varianta ocolitoare Bârlad (fazele SF și pregătirea aplicației FEDR, proiect tehnic la nivel de detalii de execuție și documentația de atribuire pentru lucrări), precum și fazele de proiectare a utilităților aferente ocolitoarei Timișoara Sud și planul coordonator

al acestor utilități (cf. prevederilor art. 7.7 din contractul de asociere).

Din prevederile contractului de asociere anterior menționate, rezultă, în mod clar, că sarcina realizării proiectului pentru Varianta de ocolire Bârlad a fost exclusiv a asociatului SC ..... SRL, SC .....SRL nefiind implicată efectiv în furnizarea serviciilor tehnice pentru varianta ocolitoare Bârlad. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă a inclus în documentația de atribuire publicată în SEAP, în mod integral, documentația realizată de către SC ..... SRL, în temeiul Contractului de servicii de asistență tehnică ……., asigurând astfel în mod transparent accesul egal și nediscriminatoriu al tuturor potențialilor participanți la prezenta procedură de atribuire.

În acest context, participarea SC .....SRL nu poate conduce la o distorsionare a concurenței prin eventuala deținere a unor informații pe care alți ofertanți participanți la procedură nu le cunosc, astfel cum în mod greșit pretinde autoritatea contractantă.

Propunerea de a se subcontracta serviciile de proiectare operatorului economic SC .....SRL a venit după depunerea ofertei și se datorează exclusiv faptului că autoritatea contractantă a solicitat înlocuirea terțului susținător și subcontractantului declarat inițial, într-o etapă a procedurii de atribuire, în care pretinsele informații și cunoștințe suplimentare pe care subcontractantul și terțul susținător propus le-ar deține în opinia autorității contractante nu mai pot avea niciun fel de influență asupra ofertei sau a celorlalți participanți la procedură.

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere prin adresa nr. ……....., înregistrat la Consiliu sub nr. 17566/03.05....., prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Cu privire la critica contestatoarei vizând faptul că S.C. .....S.R.L nu se află într-o situație de conflict de interese în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, autoritatea contractantă arată că, în urma verificărilor pe care comisia de evaluare le-a efectuat în procedură, pentru Anexele ..... și 2 s-au identificat următoarele:

- durata de prestare a serviciilor de proiectare conform contractului a fost de 15 luni, prelungită prin acte adiționale până la data de 28.10.2011;
- în data de 24.06.2011 s-a avizat în cadrul C.T.E. ……. S.A. studiul de fezabilitate final pentru variantele de ocolire Timișoara Sud și Bârlad;
- în data de 30.09.2011 a fost predat P.T. la nivel de D.D.E.;

- în data de 24.06.2011, conform devizului general anexat la Avizul CTE ……. nr. 3920 a fost aprobat studiul de fezabilitate final pentru varianta de ocolire Bârlad;
- contractul de servicii de proiectare a fost finalizat prin aprobarea raportului final în cadrul Comitetului de coordonare din data de 26.10.2011;
- în Anexa la Avizul C.T.E. nr. 58/57 din 06.07.2017 se avizează favorabil studiul de fezabilitate - revizuire pentru lucrarea „varianta de ocolire a Municipiului Bârlad" în care se menționează ca proiectant asocierea ..... SRL - S.C. ……, contract derulat de ..... prin DRDP IASI (Anexa 2);
- în Fișa de date a procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului „.....", A.P. ....., la secțiunea III.2) condiții de participare, III.2..... la din fișa de date, se regăsește informația potrivit căreia, cap. V. persoanele juridice responsabile cu întocmirea documentațiilor tehnico- economice incluse în documentația de atribuire (denumirea proiectantului) - SC .....SRL și SC …… SRL, precum și nota 5 (de la Cap. III), „autoritatea contractantă va exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunostință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situatiile prevăzute la art. 164,165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”, iar în continuare face trimitere la,
- la pag. 7 din documentația de atribuire – „cerințele beneficiarului” unde se menționează că în cadrul contractului „asistență tehnică pentru elaborarea studiului de fezabilitate, proiectului tehnic, detaliilor de execuție și documentației de atribuire pentru variantele de ocolire Bârlad și Timișoara Sud POST/2009/2/...../002/3 a fost realizat studiului de fezabilitate și proiectul tehnic pentru varianta de ocolire Bârlad, de către asocierea .....S.R.L./TECNIC Consulting Engineering România”.

În baza celor de mai sus, autoritatea contractantă arată că s-au avut în vedere prevederile Legii 98/2016, respectiv dispozițiile art. 61, care sunt în sensul că, *„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 in 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 publica, pe parcursul unei perioade de cel puțin 12 luni de la încheierea contractului, sub sancțiunea rezoluțiunii ori rezilierii de drept a contractului respectiv".

În sensul articolului de mai sus, autoritatea contractantă susține că s-a avut în vedere analiza anexei la Avizul C.T.E. nr. 58/57 din 06/07/2017 (Anexa 2) și data de publicare a anunțului de participare din ..... și s-a ajuns la concluzia că o persoană fizică sau juridică care a elaborat studiul de fezabilitate și/sau proiectul tehnic parte a caietului de sarcini, poate fi considerată furnizor de servicii auxiliare în măsura în care prin natura activităților desfășurate acordă și asistență infrastructură tehnică sau poate influența adoptarea unor decizii în legătură cu procedura de atribuire.

Potrivit Îndrumarului pentru autoritățile contractante privind conflictele de interese în procesele de achiziții publice, în baza legislației naționale privind achizițiile publice, și a strategiei naționale în domeniul achizițiilor publice, la pag. 16, imaginea nr. 2, în cadrul diagramei prezentate la secțiunea potențial conflict de interese litera c), autoritatea contractantă arată că se face referire și la art. 61 din Legea 98/2016.

Totodată, comisia de evaluare a avut în vedere și prevederile art. 2 alin. (6) din HG nr. 395/2016 și subliniază că, în contractul de asociere prezentat ca anexa 2 la răspunsul T664/01.03..... transmis în SEAP și acordul de asociere prezentat în cadrul procedurii de realizare a studiului de fezabilitate, verificate de către comisia de evaluare, s-a observat că ponderea procentuală majoritară este deținută de către .....S.R.L. (71,23%) și TECNIC Consulting Engineering România 28,77%.

Mai mult, autoritatea contractantă arată că toată documentația și corespondența din perioada de derulare a contractului în perioada 18.03.2010 - 28.10.2011, inclusiv cea care cuprinde informații referitoare la varianta de ocolire Bârlad, prezintă și semnătura personalului cheie al operatorului economic .....S.R.L. dl Ion Predescu, șef de echipă (expert cheie).

Subliniază că în acest contract .....S.R.L. a acționat ca lider și a fost reprezentantul beneficiarului.

Subliniază că operatorul economic s-a aflat în relații contractuale cu autoritatea contractantă în vederea elaborării documentației tehnico-economice inclusă în documentația de atribuire, iar această situație este de natură să îi creeze un avantaj față de ceilalți ofertanți, prin faptul că nu ar mai fi necesară etapa de verificare a studiului de fezabilitate.

Acceptarea ca subcontractant și terț susținător a operatorului economic .....S.R.L. ar crea un avantaj ofertantului în raport cu ceilalți participanți care au depus oferte pentru procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului care face obiectul acestei proceduri.

Menționează și faptul că ofertantul nu mai poate înlocui operatorul economic, care a fost declarat atât ca terț susținător, cât și ca subcontractant.

În continuare, autoritatea contractantă citează prevederile art. 183 (2) din lege, care sunt în sensul că *„dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)”.*

Prin urmare, apreciază că ofertantul asocierea SC …… SRL - SC ..... SRL nu a îndeplinit cerința ..... - nota 2 și nota 4 - capacitatea tehnică și profesională privind experiența similară, deoarece aceasta este îndeplinită de către terțul susținător, ...S.R.L., operator economic care s-a aflat în relații contractuale cu autoritatea contractantă în vederea elaborării documentației tehnico-economice inclusă în documentația de atribuire, această situație fiind în măsură să îi creeze un avantaj față de ceilalți ofertanți, prin faptul că nu ar mai fi necesară etapa de verificare a studiului de fezabilitate.

Față de cele indicate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Contestatoarea a formulat concluzii scrise prin adresa nr. T1423/08.05....., înregistrate la Consiliu sub nr. 18402, prin care reiterează cele din contestație.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „.....”, coduri CPV 45233120-6, 45221111-3, 71322500-6, ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 21.09.2017. Valoarea estimată a contractului este de 156.140.993 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate-preț.

Prin adresa nr. 3542/21.03....., autoritatea contractantă a comunicat asocierii ofertantă respingerea ofertei sale:

[...] Asocierea S.C. …….. S.R.L - S.C. ..... S.R.L este inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit b) din HG nr. 395/2016 și, pe cale de consecință, a fost respinsă în temeiul art. 137 alin (.....) din HG nr. 395/2016.

[...] .....S.R.L., declarat ca Subcontractant și Terț susținător, se află sub incidența prevederilor art. 167 alin. ..... lit. e) Legea 98/2016 potrivit cărora:

„(.....) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare din 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;

Prin urmare, ofertantul ASOCIEREA S.C. ……. SRL - S.C. ..... SRL nu îndeplinește Cerința ..... - Nota 2 și Nota 4 - capacitate tehnică și profesională privind experiența similară, deoarece aceasta este îndeplinită de către terțul susținător, ...S.R.L. [...]

Consiliul reține următoarele informații incluse în:

- fișa de date a achiziției/III.2.....a) Situatia personala a candidatului sau ofertantului/ cap. IV. Persoane cu functii de decizie din cadrul Autoritatii Contractante, precum si persoanele din cadrul Autoritatii Contractante ce pot influenta continutul documentatiei de atribuire si/ sau desfasurarea procedurii de atribuire sunt:

V. Persoanele juridice responsabile cu intocmirea documentatiilor tehnico – economice incluse in Documentatia de Atribuire (denumirea Proiectantului) – SC .....SRL si SC ..... SRL.

- Cerințele beneficiarului: .....3. DESCRIEREA SITUATIEI EXISTENTE

[…] In cadrul contractului "Asistenta Tehnica pentru elaborarea Studiului de Fezabilitate, Proiectului Tehnic, Detaliilor de Execuție si Documentației de Atribuire pentru variantele de ocolire Barlad si Timișoara Sud POST/2009/2/I/002/3", a fost realizat studiul de fezabilitate si proiectul tehnic pentru Varianta de ocolire Barlad, de catre Asocierea .....SRL/……. […]

Consiliul ia act de faptul că la baza deciziei de respingere se află contractul de asistență tehnică POST/2009/2/...../002/3, având ca obiect: prestarea de servicii referitoare la "Asistenta Tehnica pentru elaborarea Studiului de Fezabilitate, Proiectului Tehnic, Detaliilor de Execuție si Documentației de Atribuire pentru variantele de ocolire Bârlad și Timișoara Sud", contract realizat în perioada 2010-2011.

Atât în comunicarea mai sus amintită cât și în punctul de vedere față de contestație, autoritatea achizitoare a justificat situația de

conflict de interese prin referire la Avizul C.T.E. nr. 58/57 din 06.07.2017 și data de publicare a anunțului de participare din ....., față de care a decis respingerea asocierii ofertante, prin raportare la dispozițiile art. 61 din Legea nr. 98/2016 [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.]

În avizul C.T.E. nr. 58/57 din 06/07/2017 se menționează:

- temeiul legal de emitere: *Legea nr. 500/13.08.2002 - privind finanțele publice; Ordinul MT nr. 233/22.05.2007 pentru aprobarea componenței Consiliului Tehnico-Economic al Ministerului Transporturilor, (CTE - MT) și a Regulamentului de organizare și funcționare a acestuia; Ordinul MLPTL nr. 174/31.01.2003 pentru aprobarea "Metodologiei de avizare a documentațiilor obiectivelor de investiții propuse de unitățile coordonate de Ministerul Lucrărilor Publice, Transporturilor și Locuinței."*
- avizarea favorabilă a lucrării "Varianta de ocolire a municipiului Bârlad"- faza Studiu de fezabilitate-revizuire. Avizul este semnat de către secretarul general al Ministerului Transportului.

În adresa de respingere a ofertei și în punctul de vedere, autoritatea contractantă a argumentat respingerea prin raportare la avizul CTE, astfel:

In sensul celor de mai sus, apreciem că o persoană fizica sau juridică care a elaborat studiul de fezabilitate și/sau proiectul tehnic parte a caietului de sarcini, poate fi considerată furnizor de servicii auxiliare în masura în care prin natura activităților desfășurate acordă și asistență infrastructura tehnică sau poate influența adoptarea unor decizii în legătură cu procedura de atribuire.

Consiliul apreciază că această justificare a autorității contractante nu susține motivul de excludere instituit de lege la art. 167 alin. (.....) lit. e), respectiv existența conflictului de interese, din următoarele considerente:

.....SRL, prin realizarea studiului de fezabilitate nu are calitatea de furnizor de servicii auxiliare, neîncadrându-se în definiția de la art. 3 alin. (.....) 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. (.....) și (6) din HG nr. 395/2016, furnizorul serviciilor auxiliare achiziției sprijină compartimentul de achiziție al autorității contractante:

(.....) 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, ...SRL, prin contractul de asistență tehnică, a realizat studii de fezabilitate și nu activități de sprijinire a compartimentului intern specializat și nici elaborarea de documente necesare parcurgerii etapelor procesului de achiziție.

De asemenea, Consiliul nu va reține ca motiv de respingere nici argumentele privind neexpirarea celor 12 luni (stabilite de legiuitor la art. 61 din Legea nr. 98/2016), dintre momentul încheierii relațiilor contractuale cu proiectantul Tecnic Consulting Engineering România/.....și data publicării anunțului de participare (.....), deoarece contractul în cauză a fost prestat în perioada 2010-2011,

fapt recunoscut de comisia de evaluare în procesul-verbal nr. 6/12B/3375/16.03..... și în comunicarea din 21.03.....:

Contractul de servicii de proiectare a fost finalizat prin aprobarea Raportului final in cadrul Comitetului de coordonare din data de 26.10.2011.

Avizul pe care-l acordă Consiliul Tehnico-Economic (CTE) nu este pentru confirmarea finalizării serviciilor ci pentru includerea investiției în programul de investiții, așa cum impune art. 43 alin. (.....) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice:

Obiectivele/Proiectele de investiții și celelalte categorii de investiții se cuprind în programele de investiții anuale, anexe la buget, numai dacă, în prealabil, documentațiile tehnico-economice, documentațiile de avizare a lucrărilor de intervenții, respectiv notele de fundamentare privind necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor aferente categoriilor de investiții incluse la poziția C «Alte cheltuieli de investiții » au fost elaborate și aprobate potrivit dispozițiilor legale.

Consiliul nu va reține ca valid nici motivul desprins de autoritate din *„Îndrumarul pentru Autoritățile Contractante privind Conflictele de interese în Procesele de Achiziții Publice, în baza Legislației Naționale Privind Achizițiile Publice şi a Strategiei Naționale în Domeniul Achizițiilor Publice",* întrucât acest document, așa cum se intitulează și a fost elaborat, nu are putere de lege ci *"are ca scop oferirea unui instrument de lucru care să ajute autoritățile contractante să identifice, să prevină, și să remedieze conflictele de interese în procesul de achiziții publice, în scopul de a reduce riscul apariției unor nereguli și corupției […]"*

Văzând cele de mai sus, Consiliul constată că nu sunt întrunite condițiile de calificare a situației supusă analizei ca fiind generatoare de conflict de interese.

De asemenea, Consiliul constată că, în comunicarea respingerii și în punctul de vedere, autoritatea contractantă și-a motivat respingerea pe ideea că Acceptarea ca subcontractant şi terţ susţinător a operatorului economic .....S.R.L., ar crea un avantaj ofertantului în raport cu ceilalţi participanţi care au depus oferte […], ca urmare a participării operatorului la elaborarea documentelor/documentațiilor necesare parcurgerii procesului de achiziție publică. Comisia de evaluare a ajuns la această concluzie după primirea răspunsului la solicitarea din 26.02.2016, adresată ofertantului, prin care i-a cerut informații suplimentare cu privire la încadrarea/neîncadrarea în prevederile art. 167 alin. (.....) lit. f) din Legea nr. 98/2016: […] dacă participarea operatorului economic la pregătirea documentației de la faza studiului de fezabilitate este în măsură să conducă la o distorsionare a concurenței, prin

eventuala deținere a unor informații pe care ceilalți participanți la procedură nu le cunosc. […]”

În punctul de vedere s-a inclus o explicație (inexistentă în comunicarea respingerii) privind potențialul avantaj ce s-ar crea:

[…] operatorul economic s-a aflat în relaţii contractuale cu autoritatea contractantă în vederea elaborării documentaţiei tehnico-economice inclusă în Documentaţia de atribuire această situaţie fiind în măsură să îi creeze un avantaj fată de ceilalţi ofertanţi prin faptul că nu ar mai fi necesară etapa de verificare a studiului de fezabilitate.

O astfel de susținere Consiliul nu o poate aprecia ca validă, întrucât în procedura de faţă ofertanţii nu au de întocmit studii de fezabilitate, ce ar trebui verificate de autoritatea contractantă. Iar studiul de fezabilitate a fost publicat în SEAP de către autoritatea contractantă. În baza acestui document, precum şi a celorlalte informații tehnice, fiecare operator, în temeiul art. 123 din HG nr. 395/2016 a avut obligaţia să îşi elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire.

Comisia de evaluare a ofertelor, în baza art. 127 alin. (.....) lit. f) din HG nr. 395/2016, este ținută să verifice conformitatea fiecărei propuneri tehnice prin raportare doar la prevederile caietului de sarcini şi nu la alte informaţii care nu ar fi fost aduse la cunoştinţa operatorilor interesaţi să participe la procedura de atribuire.

În consecinţă, etapa de verificare a propunerilor tehnice fiind proprie autorităţii contractante şi nu ofertanţilor, operatorul în cauză nu poate influenţa, prin modul de redactare a ofertei sale deciziile comisiei de evaluare, deci nici nu i se poate crea vreun avantaj.

Pe de altă parte, pentru a susține crearea unui avantaj, în înțelesul art. 167 alin. (.....) lit. f), menționat de autoritate în adresa de respingere a ofertei [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], sarcina demonstrării revine comisiei de evaluare, care trebuie să determine în ce mod s-a produs o distorsionare a concurenței, în cazul de față prin includerea operatorului care a realizat studiul de fezabilitate în ofertă.

Simpla afirmație a autorității că prin *Acceptarea ca subcontractant și terț susținător a operatorului economic .....S.R.L., ar crea un avantaj ofertantului în raport cu ceilalți participanți care au depus oferte pentru procedura de achiziție publică* nu este de natură să determine în ce mod a fost afectată concurența. Autoritatea are obligația, în temeiul art. 215 alin. (2) lit. b), să comunice fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la

baza deciziei de respingere a ofertei sale și nu formularea de ipoteze/supoziții.

Dispozițiile art. 167 alin. (.....) lit. f) impun în sarcina comisiei de evaluare o evaluare/stabilire a distorsionării concurenței în faza de evaluare a ofertelor și nu o presupunere a ei într-o etapă ulterioară, neidentificată.

Printr-o astfel de remarcă, de creare a unui posibil avantaj prin prisma participării operatorului criticat la realizarea studiului de fezabilitate, s-ar înțelege că achizitorul ar evalua propunerile și pe baza unor elemente tehnice care nu au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participare la prezenta procedură, ceea ce ar echivala cu nepublicarea integrală a documentație de atribuire de către autoritate, conducând la nesocotirea principiul transparenței, instituit de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016. Or, dacă s-ar afla într-o astfel de situație, în care unii operatori nu ar fi deținut toate informațiile elaborării unei oferte complete, corecte sau competitive iar altul ar fi fost avantajat, autoritatea ar fi obligată să anuleze procedura de atribuire, întrucât ar deveni incidente prevederile de la art. 212 alin. (.....) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

c) dacă <u>încălcări ale prevederilor legale afectează</u> procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

(2) În sensul dispozițiilor alin. (.....) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

Astfel, Consiliul constată că respingerea ofertei s-a realizat în mod eronat, nefiind aplicabile dispozițiile art. 61 şi art. 167 alin. (.....) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5), va admite contestația SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA, va obliga autoritatea contractantă să anuleze procesul-verbal nr. 6/12B/3375/16.03..... și actele subsecvente acestuia, în ce privește oferta asocierii SC ..... SRL – SC ..... SRL, și să reevalueze documentele de calificare prezentate de ofertanta asociere cu subcontractantul SC .....SRL, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

Admite contestația formulată de SC ..... SRL, lider al asocierii SC ..... SRL – SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA și anulează procesul-verbal nr. 6/12B/3375/16.03..... și actele subsecvente acestuia, în ce privește oferta asocierii SC ..... SRL – SC ..... SRL.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze documentele de calificare prezentate de ofertanta asociere cu subcontractantul SC .....SRL, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

Redactată în ….. exemplare, conține ……. pagini.