

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1929/C3/2012

Data: 31.08.2021

Prin contestația nr. 1464/05.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 40878/05.08.2021, înaintată de S.R.L., cu sediul în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator și convențional prin, cu sediul în, sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire nr. 55224/30.07.2021, întocmit de autoritatea contractantă, cu sediul în, în procedura de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Lucrări de întreținere a mijloacelor pentru siguranța circulației pe drumurile județene din pentru perioada 2021-2022”, Lot 1 - Întreținere periodică - indicatoare - mijloace de semnalizare rutieră, borne km/hm și parapete metalice, inițiată cu anunțul de participare nr. CN1030447, publicat în SEAP la 21.04.2021, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 55224/30.07.2021, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia;
- anularea raportului procedurii nr. 55023/29.07.2021, a tuturor actelor autorității contractante care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a celor subsecvente;
- anularea deciziei autorității contractante privind respingerea ofertei depuse de S.R.L.;
- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de S.R.L. a fost declarată admisibilă și câștigătoare;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor depuse de S.R.L. și S.R.L.

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

Prin contestația nr. 1464/05.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 40878/05.08.2021, ... S.R.L. critică rezultatul procedurii nr.

55224/30.07.2021 întocmit de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura arătată, prin care oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 167 alin. (1) lit. c) din același act normativ.

..... S.R.L. precizează că, în cadrul procedurii de atribuire, a depus ofertă individual, admisibilă din toate punctele de vedere.

Tot astfel, potrivit informațiilor din raportul procedurii de atribuire, ... S.R.L. arată că oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de S.R.L., cu prețul majorat de la 5.669.650 lei, la suma de 5.798.975 lei.

De asemenea, în considerarea faptului că, în ceea ce privește societatea sa, prin Decizia nr. 90/16.12.1019, emisă de Consiliul Concurenței, s-a constatat încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, cu respectarea obligației de sinceritate și în raport de dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, ... S.R.L. precizează că a completat în mod corespunzător formularul DUAЕ, iar anexat formularului a depus o serie de dovezi prin care a arătat că au fost luate măsuri de autocorectare suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, prin raportare la situația de fapt generată de decizia Consiliului Concurenței.

Astfel, ...este beneficiară a politicii de clemență, mecanism legal specific dreptului concurenței, prin care sunt recompensați cei care contribuie la investigarea și sancționarea unei înțelegeri anticoncurențiale, situație în care cuantumul amenzii a fost redus.

Văzând cele declarate de societatea sa în conținutul formularului DUAЕ, autoritatea contractantă, cu interpretarea eronată a prevederilor legale în materia achizițiilor publice și pe baza unei analize superficiale a măsurilor concrete dispuse pentru a demonstra credibilitatea, a decis respingerea ofertei.

..... S.R.L. consideră că respingerea ofertei sale este netemeinică și nelegală.

Astfel, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, pentru a se pronunța în sensul respingerii ofertei, autoritatea contractantă a reținut următoarele aspecte:

- a recunoscut răspunderea pentru săvârșirea faptei anticoncurențiale, sens în care cuantumul amenzii a fost diminuat;

- măsurile de remediere adoptate de nu pot fi considerate suficiente pentru modificarea comportamentului societății, fiind implementate doar la nivelul salariaților cu rol executiv, iar nu la nivelul personalului cu rol decizional al societății;

- nu reiese că printre măsurile implementate s-ar regăsi și schimbarea conducerii societății. Asociatul unic al societății, ..., care a ocupat în perioada 2010-2017 funcția de administrator, funcție ocupată

de acesta și în prezent, a fost conducătorul de fapt al societății, care prin acțiunile sale a contribuit la trucarea licitațiilor publice, fapt dovedit de Consiliul Concurenței;

- desemnarea unei persoane responsabile, organizarea unor cursuri pentru personalul cu funcție de execuție și adoptarea unui regulament cu privire la respectarea normelor concurențiale nu pot fi considerate suficiente, având în vedere și perioada lungă în care operatorul economic a săvârșit practici anticoncurențiale.

..... S.R.L. susține că cele concluzionate de autoritatea contractantă sunt netemeinice și nelegale, fiind reținute cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, dar și pe baza unei analize superficiale a documentelor anexate formularului DUAЕ.

Pe de o parte, măsurile care pot fi luate de un operator economic în demonstrarea credibilității nu se pot rezuma în mod obligatoriu și la personalul de conducere al acestuia, iar, pe de altă parte, ... nu face parte din personalul cu rol decizional al societății, cum în mod eronat a reținut comisia de evaluare.

De asemenea, ... S.R.L. arată că cele reținute de autoritatea contractantă sunt rezultatul unei confuzii realizate de comisia de evaluare în ceea ce privește conducerea, în condițiile în care, așa cum rezultă din Certificatul constatator nr. 491373/01.07.2021, unicul asociat și administrator al societății este, persoana cu privire la care în cuprinsul Deciziei Consiliului Concurenței, nu există nicio mențiune referitoare la presupusa participare la activitatea care a condus la sancționarea cu amendă a societății, iar nu

Pe de altă parte, în acord cu legislația în materia achizițiilor publice, care nu conține reglementări limitative în ceea ce privește măsurile dispuse în vederea demonstrării în concret a credibilității, concluzia autorității este netemeinică și nelegală.

Aceasta deoarece, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează, condițiile care trebuie îndeplinite cumulativ pentru a se putea dispune excluderea unei oferte dintr-o procedură de atribuire sunt:

- existența unei abateri profesionale grave, de natura celor prevăzute la art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016;

- abaterea profesională gravă să fie reținută printr-o decizie a instanței judecătorești sau a autorității administrative.

Pe de altă parte, invocând și citând dispozițiile art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, care stabilesc la nivel exemplificativ măsurile concrete ce pot fi luate de operatorul economic la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, ... S.R.L. precizează că este de principiu că orice excludere trebuie interpretată și dispusă limitativ, iar regula trebuie să fie de permitere a participării a cât mai multor ofertanți. Excluderea unei societăți dintr-o procedură de achiziții publice este excepția, nu regula.

Concluzionând, contrar celor reținute de autoritatea contractantă, ... S.R.L. susține că nu se află, în mod evident, în situația de excludere, iar analiza autorității contractante este superficială, incompletă și contrară literei și spiritului prevederilor legale aplicabile, arătate mai sus. Se ajunge, paradoxal, la situația în care o societate care cooperează cu autoritatea de concurență suferă consecințe financiare suplimentare tocmai datorită acestei cooperări.

..... S.R.L. mai arată că este în situație de reabilitare și nu există nicio faptă anticoncurențială ulterioară comunicării Deciziei Consiliului Concurenței în legătură cu care să fie măcar investigată. Or, după cum a precizat, suplimentar completării corespunzătoare a DUAЕ, societatea sa a anexat formularului în cauză documentul intitulat „Declarație privind Măsurile concrete luate de operatorul economic S.R.L.” pentru a-și demonstra credibilitatea, prin care a prezentat autorității contractante dovezi care arată că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere. În același timp, au fost anexate dovezile în susținerea măsurilor dispuse.

În acest sens, ... S.R.L. menționează că, la soluționarea contestației, trebuie avute în vedere punctul de vedere nr. 16001/18.12.2019 emis de ANAP, precum și punctele de vedere nr. 15552/12.12.2019 și nr. 9517 din 31.07.2020 emise de Consiliul Concurenței, inclusiv Opinia Comună emisă de ANAP și Consiliul Concurenței nr. 8669/9908 (anexată documentelor în susținerea DUAЕ), potrivit cărora cele două autorități confirmă faptul că politica de clemență, recunoașterea faptelor și programul de conformare sunt măsuri care pot dovedi credibilitate unui operator economic care a fost acuzat de încălcarea regulilor de concurență, ...făcând de altfel dovada aplicării tuturor acestor măsuri.

Drept urmare, existența uneia dintre situațiile de la art. 167 din Legea nr. 98/2016 nu poate conduce, în mod automat, la excluderea din procedură, comisia de evaluare fiind ținută de respectarea principiilor egalității de tratament și proporționalității, efectul acestora în asigurarea securității juridice a procedurii de atribuire fiind influențat în mod direct de evaluarea individuală a ofertanților, prin filtrul documentelor înaintate de către aceștia și, ulterior, clarificate de comisia de evaluare.

În sprijinul afirmației, ... S.R.L. invocă legislația europeană care orientează către această ipoteză, în Preambulul Directivei 2014/24/UE, în ceea ce privește motivele de excludere, punctul (102).

De asemenea, în stabilirea conduitei adoptate de fiecare parte implicată în procedura de atribuire, ... S.R.L. precizează că, la soluționarea cauzei deduse judecății, relevantă este cauza C-124/17 ... împotriva

Concluzionând, în aplicarea principiului asumării răspunderii, anterior respingerii unei oferte, autoritatea contractantă trebuie să aibă certitudinea, susținută de dovezi în afara oricărui dubiu, că există o

abatere profesională gravă reținută în sarcina ofertantului și că aceasta este de natură să îl împiedice pe acesta la ducerea la îndeplinire a contractului atribuit.

..... S.R.L. mai arată că, la soluționarea contestației nu trebuie omis nici faptul că, ulterior comunicării Deciziei nr. 90/2019 de către Consiliul Concurenței, societatea sa a participat la mai multe proceduri de atribuire, informând corespunzător autoritățile contractante despre situația de excludere, iar acestea au considerat că măsurile luate de societatea sa demonstrează credibilitatea, în raport de art. 171 din Legea nr. 98/2016, hotărând că oferta nu trebuie exclusă.

În continuarea, ... S.R.L. susține că oferta S.R.L. este inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, așa cum rezultă din cuprinsul înscrisurilor de evaluare de la dosarul achiziției. a oferat inițial un preț de 5.669.650 lei, fără TVA, iar în urma solicitărilor de clarificări, propunerea financiară a fost modificată, contrar prevederilor legale arătate, crescând la 5.798.975 lei.

..... S.R.L. precizează că legiuitorul a statuat la art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 că, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare, potrivit dispozițiilor alin. (1), conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

Totodată, legiuitorul a stabilit și trei excepții de la regula de mai sus, în care oferta nu este respinsă ca inacceptabilă, două referitoare la modificarea propunerii tehnice și una la cea financiară, respectiv:

- a) excepții vizând în mod exclusiv propunerea tehnică,
 - în cazul în care modificările pot fi încadrate în categoria viciilor de formă;
 - în cazul în care modificările reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire,
- b) excepție vizând în mod exclusiv propunerea financiară:
 - în cazul în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice.

..... S.R.L. susține că, în speță, autoritatea se află în situația unor neconformități care se referă la propunerea financiară a ofertantului desemnat câștigător, sens în care singura posibilitate de modificare a acesteia putea fi acceptată doar dacă era în discuție existența unor erori aritmetice. Or, în cazul ofertei desemnate câștigătoare, comisia de evaluare a reținut exclusiv existența unor abateri tehnice minore, situație în care, în mod netemeinic și nelegal, autoritatea contractantă a acceptat modificarea propunerii financiare.

În susținerea argumentelor sale, ... S.R.L. invocă jurisprudența în materie, Curtea de Apel ..., prin decizia nr. 1421/R-CONT din 8 septembrie 2015, Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios

administrativ și fiscal în decizia civilă nr. 2142 din 10 octombrie 2011, reținând că este admisibilă corectarea viciilor de formă doar pentru propunerea tehnică, nu și pentru cea financiară.

Drept urmare, în mod eronat comisia de evaluare a reținut incidența prevederilor art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016, privitoare la abaterile tehnice minore, în condițiile în care această instituție de drept privește, în mod exclusiv, neconformități ale propunerii tehnice, iar nu cele ale propunerii financiare.

Într-o astfel de situație, în care, indiferent cât de mică ar fi modificarea prețului ofertei și fără a avea relevanță dacă ofertantul poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, contrar celor reținute de comisia de evaluare, întocmirea propunerii financiare cu nerespectarea prevederilor obligatorii ale documentației de atribuire, coroborat cu modificarea acesteia urmare a solicitării de clarificări, conduce la respingerea obligatorie a ofertei.

În susținere, ... S.R.L. invocă Hotărârea CJUE din 5 iunie 2015, pronunțată în cauza C-49/15, precum și decizia nr. 3160/C4/3643, 3864 din 28.11.2017 a Consiliului emisă într-o speță similară cu cea dedusă analizei.

Drept urmare, neexistând o discrepanță între prețul unitar și prețul total sau o discrepanță între litere și cifre, ... S.R.L. consideră că, în mod eronat, comisia de evaluare a considerat că oferta se află în ipotezele descrise de prevederile art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016, în cauză fiind incidentă situația statuată de art. 134 alin. (6) din același act normativ, permisiunea operării modificărilor echivalând cu favorizarea ofertantului desemnat câștigător.

Aceasta deoarece, potrivit instanței europene, principiul tratamentului egal, care reprezintă esența normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, presupune că ofertanții să se afle pe o poziție de egalitate, atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă.

Or, dat fiind că nu a respectat cerințele obligatorii referitoare la modalitatea de întocmire a propunerii financiare, în mod nelegal și cu nerespectarea principiului tratamentului egal autoritatea a decis admiterea ofertei în discuție, determinând apariția unui avantaj evident ofertantului prin acceptarea de modificare a propunerii financiare.

Pe de altă parte, așa cum a arătat, în cadrul propunerii financiare, operatorul a inclus inițial prețul de 5.669.650 lei, iar în urma solicitărilor de clarificări a fost majorat la 5.798.975 lei, rezultând o diferență în plus de 129.325 lei, modificare ce reprezintă 2,81% din prețul total al ofertei. Or, cum legiuitorul, la art. 134 alin. (4) lit. a) din HG nr. 395/2016, face referire la faptul că cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni să nu depășească 1% din prețul total al

ofertei, încadrarea abaterii sesizate în cazul ofertei în categoria celor tehnice minore este eronată, fiind obligatorie respingerea ofertei.

În drept, ... S.R.L. invocă Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, precum și celelalte acte normative invocate în cuprinsul contestației.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea S.R.L. solicită accesul la dosarul constituit pe rolul Consiliului.

Prin adresa nr. 56218/10.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 41714/10.08.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația formulată de S.R.L., solicitând respingerea ei, ca nefondată.

Referitor la critica privind respingerea ofertei, autoritatea contractantă susține că situația prezentată de ofertantul S.R.L. a fost analizată în detaliu de către comisia de evaluare, așa cum reiese și din documentele evaluării.

De asemenea, referitor la demonstrarea credibilității S.R.L., autoritatea contractantă precizează că, în DUAЕ, la secțiunea C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE/Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave, ofertantul declară situația încadrării la situația de excludere, dar cu următoarele mențiuni:

"Nu ne aflăm în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1), lit. c), raportat la alin. (3), întrucât, conform art. 171 alin. (1)-(3), ne demonstrăm în concret credibilitatea, având în vedere că:

- Am formulat cerere de recunoaștere, înainte de transmiterea raportului de investigație, iar aceasta a fost acceptată de către Consiliul Concurenței;

- Am cooperat pe deplin cu autoritatea de concurență, prin solicitarea și obținerea aplicării de către Consiliul Concurenței a politicii de clemență;

- Am adoptat măsuri tehnice, organizatorice și la nivel de personal pentru respectarea politicii de concurență".

Comisia de evaluare, analizând documentele depuse de ofertant, a reținut următoarele aspecte:

- Consiliul Concurenței a emis decizia nr. 90/16.12.2019 privind constatarea încălcării prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 și art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, de către S.R.L. Conform deciziei, împreună cu alte două firme, în perioada 2010-2017, ... S.R.L. a realizat o înțelegere și practică de împărțire a pieței comercializării de indicatoare rutiere, faptă interzisă de prevederile mai sus menționate. Participarea S.R.L. reprezintă o încălcare unică și continuă, a cărei durată este reprezentată de perioada 2010-2017. Împreună cu alți operatori la care Consiliul a constatat aceleași încălcări a legislației mai sus menționate, prin schimburi de informații sensibile din punct de vedere concurențial, și-a adaptat comportamentul, fie în sensul depunerii de oferte, astfel încât să

nu se concureze între ele, fie în sensul solicitării și furnizării unor oferte de curtoazie sau abținerii de la ofertare, care astfel au dus la încheierea unor contracte în condițiile mai slabe de competitivitate, cu consecința împiedicării, restrângerii sau denaturării concurenței, producând astfel un real dezavantaj pentru autoritățile contractante sau beneficiarii privați.

- Faptele săvârșite de S.R.L. au fost considerate de Consiliul Concurenței ca fiind încălcări grave ale Legii. Datorită faptului că încălcările legii au fost de lungă durată (peste 5 ani), s-a aplicat o creștere a cuantumului amenzii pentru fiecare an de participare la încălcare. Durata încălcării luată în calcul este de 7 ani și 3 luni.

- S.R.L. a recunoscut în mod expres clar și neechivoc răspunderea pentru săvârșirea faptei anticoncurențiale, astfel cuantumul amenzii aplicate a fost redus la 2.793.661,32 lei.

- în documentul „DECLARAȚIE privind măsurile concrete luate de operatorul economic - S.R.L. pentru a-și demonstra credibilitatea”, postat în SEAP, se menționează măsurile luate în acest sens. Autoritatea contractantă consideră neconcludentă invocarea în acest sens a Deciziei civile nr. 149/06.02.2020 pronunțată de Curtea de Apel București, deoarece există diferențe semnificative între măsurile radicale adoptate de firma (schimbarea conducerii societății, adoptarea unei noi organigrame) și cele luate la nivelul societății (prezentate în Declarația amintită), deoarece acestea nu pot fi considerate suficiente pentru modificarea comportamentului societății, fiind implementate doar la nivelul salariaților cu rol executiv, și nu la nivelul personalului cu rol decizional a societății. Din documentele depuse, nu reiese că printre măsurile implementate s-ar regăsi și schimbarea conducerii societății (așa cum s-a procedat în cazul), deși conducerea societății poartă responsabilitatea privind încălcările grave ale legii concurenței.

- Asociatul unic al societății S.R.L., ... (și nu, cum dintr-o eroare de redactare apare în documentele de evaluare) care a ocupat în perioada 2010-2017 funcția de administrator, funcție ocupată de acesta și în prezent, a fost conducătorul de fapt al societății, care prin acțiunile sale a contribuit la trucarea licitațiilor publice, fapt dovedit de Consiliul Concurenței. Este greu de crezut că, atât timp cât presupusele măsuri reparatorii nu aduc atingere personalului de decizie de la vârf, rămas neschimbat până în prezent, acestea ar putea aduce schimbări radicale în comportamentul anticoncurențial practicat de societate în perioada 2010-2017 și dovedit prin decizia Consiliului Concurenței nr. 90/16.12.2019.

- Cu toate că societatea S.R.L. a încercat să-și demonstreze credibilitatea, pe de o parte prin cooperarea cu Consiliul Concurenței în cadrul investigațiilor derulate de acesta, prin furnizarea de date esențiale, care au contribuit decisiv la descoperirea și sancționarea faptelor anticoncurențiale practicate de operatorii economici vizați de investigație, pe de altă parte prin adoptarea unor măsuri administrative

pentru informarea, pregătirea și instruirea personalului operatorului economic în legătură cu dreptul concurenței, în temeiul art. 171 alin. (31) din Legea nr. 98/2016, revine autorității contractante obligația să evalueze în concret măsurile luate de operatorul economic.

Evaluând în concret măsurile luate de operatorul economic, autoritatea contractantă a constatat că acesta a depus eforturi doar aparent semnificative. De asemenea, autoritatea contractantă nu neagă importanța cooperării cu Consiliul Concurenței în cursul investigațiilor derulate de acesta, însă celelalte măsuri organizatorice nu sunt în stare să o convingă că operatorul economic nu va comite și în viitor practici anticoncurențiale.

Raportat la criteriile prevăzute de art. 171 alin. (3) din legea menționată, autoritatea contractantă apreciază că desemnarea unei persoane responsabile, organizarea unor cursuri pentru personalul cu funcție de execuție și adoptarea unui regulament cu privire la respectarea normelor concurențiale, nu pot fi considerate suficiente, având în vedere și perioada lungă în care operatorul economic a săvârșit practici anticoncurențiale.

Autoritatea contractantă precizează că Decizia civilă nr. 149/06.02.2020, pronunțată de Curtea de Apel, într-adevăr se referă la o situație asemănătoare, însă există și diferențe semnificative. Măsurile adoptate de firma pot fi considerate radicale, fiindcă includ și schimbarea personalului de conducere, însă, în cauza de față, nu au fost luate asemenea măsuri radicale.

Prin urmare, raportat la criteriile prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în aprecierea sa, autoritatea contractantă consideră că operatorul economic S.R.L. nu și-a demonstrat credibilitatea. Având în vedere prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016, art. 171 alin. (5) lit. b) din același act normativ, pronunțarea la data de 16.12.2019 a Deciziei nr. 90 a Consiliul Concurenței și art. 171 alin. (31) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă susține că s-a constatat că, de la data pronunțării deciziei Consiliului Concurenței, respectiv de la 16.12.2019 până în prezent, nu a expirat perioada de 3 (trei) ani, prevăzută la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea 98/2016 și poate fi aplicată situația de excludere, prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare decidând respingerea, în faza de evaluare DUAЕ, a ofertei depuse de ofertantul S.R.L.

Referitor la criticile conform cărora oferta este inacceptabilă, autoritatea contractantă susține că, în cadrul celor trei procese-verbale privind evaluarea propunerii financiare, inclusiv verificarea conformității acesteia cu propunerea tehnică, comisia de evaluare a analizat în detaliu oferta prezentată de operatorul economic și, după toate solicitările de clarificări, acest ofertant a prezentat oferta sa corectată, astfel că valoarea ei s-a modificat de la suma de 5.669.650,00 lei, la 5.798.975,00 lei.

În urma solicitărilor de clarificări, comisia de evaluare a analizat impactul financiar al corectării acestora, a acceptat răspunsul ofertantului care a corectat erorile constatate și s-au aplicat prevederile art. 134 alin (7) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractant invocă faptul că modificările se încadrează la vicii de formă, așa cum este precizat în art. 134 alin. (7) lit. a) din HG nr. 395/2016, și la erori materiale.

Ulterior solicitărilor de clarificări, autoritatea contractantă arată că erorile au fost îndreptate, prin transmiterea propunerii financiare cu valorile refăcute, în sensul înmulțirii prețului unitar cu cantitățile aferente.

Având în vedere că prețul unitar aplicat, ca urmare a corectării materialului, era prezentat în cadrul ofertei la un alt articol, deci era deja ofertat, greșeala ofertantului este viciu de formă și nu i s-a acordat un avantaj real prin acceptarea acestei modificări. Modificările intervenite au vizat, de fapt, numai corectarea articolului ofertat și s-au referit numai la înmulțirea prețului unitar cu valoarea corectă solicitată, prețul unitar rămânând neschimbat, iar modificarea a rezultat numai din schimbarea cantităților. Aceste operații matematice au dus la o valoare a ofertei mai mare decât cea inițială.

Prin urmare, având în vedere faptul că prețul unitar exista deja în cadrul ofertei, autoritatea contractantă consideră că nu se poate vorbi de o modificare a ofertei, fiind evident că greșeala provine, de fapt, dintr-o eroare, remediată ulterior prin ofertarea cantității corecte cu prețul unitar prezent în oferta financiară.

Reiese că erorile sunt formale și nu pot avea niciun efect asupra faptului și modului în care oferta corespunde cerințelor tehnice și a cerințelor prezentate în cadrul documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă precizează că nu poate fi vorba de faptul că ofertantului i s-a acordat un real avantaj, atât timp cât comisia de evaluare nu a cunoscut valoarea ofertei operatorului economic, și nici la momentul actual nu o cunoaște, deoarece acest ofertant a fost respins la nivel de DUAЕ, iar sistemul SEAP permite vizualizarea ofertelor financiare numai în cazul admiterii ofertanților la nivelul propunerii tehnice.

De asemenea, comisia de evaluare a acționat în mod obiectiv când a procedat la evaluarea ofertelor, cu respectarea legislației în domeniul achizițiilor publice în vigoare. Drept consecință, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depuse de S.R.L.

Prin adresa nr. 1555/18.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 43378/19.08.2021, ... S.R.L. a transmis Concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului aflat pe rolul CNSC, reiterând solicitările din cuprinsul contestației inițiale și răspunzând celor învederate de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere față de contestație.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat, la 21.04.2021, o procedură de licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Lucrări de întreținere a mijloacelor pentru siguranța circulației pe drumurile județene din pentru perioada 2021-2022", Lot 1 - Întreținere periodică - indicatoare - mijloace de semnalizare rutieră, borne km/hm și parapete metalice, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1030447.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, ... S.R.L. a formulat contestația de față, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul S.R.L. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207407025/1, în valoare de 88.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 06.08.2021.

Prin raportul procedurii de atribuire cu nr. 55023/29.07.2021, oferta S.R.L. a fost respinsă ca inacceptabilă. Motivele din raport se află și în comunicarea având nr. 55224/30.07.2021:

«În DUAE depus de ofertantul SRL la secțiunea C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE/Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave, ofertantul SRL declară situația încadrării la situația de excludere, dar cu următoarele mențiuni:

„Nu ne aflăm în situația de excludere prevăzută de art. 167, alin. 1, lit c), raportat la alin. 3, intrucât, conform art. 171, alin. 1-3, ne demonstrăm în concret credibilitatea, având în vedere ca:

- Am formulat cerere de recunoaștere, înainte de transmiterea raportului de investigație, iar aceasta a fost acceptată de către Consiliul Concurenței;

- Am cooperat pe deplin cu autoritatea de concurență, prin solicitarea și obținerea aplicării de către Consiliul Concurenței a politicii de clementa;

- Am adoptat măsuri tehnice, organizatorice și la nivel de personal pentru respectarea politicii de concurență”

Comisia de evaluare a analizat documentele depuse de ofertant și referitor la acestea a reținut următoarele aspecte:

- Consiliul Concurenței a emis decizia nr. 90/16.12.2019 privind constatarea încălcării prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 și art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, de către SRL.

- Conform deciziei, împreună cu alte două firme, în perioada 2010-2017 SRL a realizat o înțelegere și practică de împărțire a pieței comercializării de indicatoare rutiere, faptă interzisă de prevederile mai sus menționate. Participarea SRL reprezintă o încălcare unică și continuă, a cărei durată este reprezentată de perioada 2010-2017, împreună cu alți operatori la care Consiliul a constatat aceleași încălcări a

legislației mai sus menționate, prin schimburi de informații sensibile din punct de vedere concurențial, și-a adaptat comportamentul, fie în sensul depunerii de oferte, astfel încât să nu se concureze între ele, fie în sensul solicitării și furnizării unor oferte de curtoazie sau abținerii de la ofertare, care astfel au dus la încheierea unor contracte în condițiile mai slabe de competitivitate, cu consecința împiedicării, restrângerii sau denaturării concurenței, producând astfel un real dezavantaj pentru autoritățile contractante sau beneficiarii privați.

- Faptele săvârșite de SRL au fost considerate de Consiliul Concurenței ca fiind încălcări grave ale Legii. Datorită faptului că încălcările legii au fost de lungă durată (peste 5 ani), s-a aplicat o creștere a cuantumului amenzii pentru fiecare an de participare la încălcare. Durata încălcării luată în calcul este de 7 ani și 3 luni.

- SRL a recunoscut în mod expres clar și neechivoc răspunderea pentru săvârșirea faptei anticoncurențiale, astfel cuantumul amenzii aplicate a fost redus la 2.793.661,32 lei.

- în documentul „DECLARAȚIE privind măsurile concrete luate operatorului economic SRL pentru a-și demonstra credibilitatea” postat în SEAP, se menționează măsurile luate în acest sens. Invocarea în acest sens a Deciziei civile nr. 149/06.02.2020, pronunțată de Curtea de Apel, o considerăm ca neconcludentă, deoarece există diferențe semnificative între măsurile radicale adoptate de firma (schimbarea conducerii societății, adoptarea unei noi organigrame) și cele luate la nivelul societății (prezentate în Declarația mai sus amintită), deoarece acestea nu pot fi considerate suficiente pentru modificarea comportamentului societății, fiind implementate doar la nivelul salariaților cu rol executiv, și nu la nivelul personalului cu rol decizional al societății. Din documentele depuse, nu reiese că printre măsurile implementate s-ar regăsi și schimbarea conducerii societății (așa cum s-a procedat în cazul), deși conducerea societății poartă responsabilitatea privind încălcările grave ale legii concurenței.

Asociatul unic al societății SRL, ..., care a ocupat în perioada 2010-2017 funcția de administrator, funcție ocupată de acesta și în prezent, a fost conducătorul de fapt al societății, care prin acțiunile sale a contribuit la trucarea licitațiilor publice, fapt dovedit de Consiliul Concurenței. Este greu de crezut că atât timp cât presupusele măsuri reparatorii nu aduc atingere personalului de decizie de la vârf, rămas neschimbat până în prezent, acestea ar putea aduce schimbări radicale în comportamentul anticoncurențial practicat de societate în perioada 2010-2017 și dovedit prin decizia Consiliului Concurenței nr. 90/16.12.2019.

Cu toate că societatea SRL a încercat să-și demonstreze credibilitatea, pe de o parte prin cooperarea cu Consiliul Concurenței în cadrul investigațiilor derulate de acesta prin furnizarea de date esențiale, care au contribuit decisiv la descoperirea și sancționarea faptelor anticoncurențiale practicate de operatorii economici vizați de investigație,

pe de altă parte prin adoptarea unor măsuri administrative pentru informarea, pregătirea și instruirea personalului operatorului economic în legătură cu dreptul concurenței, în temeiul art. 171 alin. (31) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, revine autorității contractante obligația să evalueze în concret măsurile luate de operatorul economic. Evaluând în concret măsurile luate de operatorul economic, constatăm că acesta a depus eforturi aparent semnificative. Nu dorim să negăm importanța cooperării cu Consiliul Concurenței în cursul investigațiilor derulate de acesta, însă celelalte măsuri organizatorice nu sunt în stare să ne convingă că operatorul economic nu va comite și în viitor practici anticoncurențiale. Raportat la criteriile prevăzute de art. 171 alin. (3) din legea sus-menționată, apreciem că desemnarea unei persoane responsabile, organizarea unor cursuri pentru personalul cu funcție de execuție și adoptarea unui regulament cu privire la respectarea normelor concurențiale, nu poate fi considerată suficientă, având în vedere și perioada lungă în care operatorul economic a săvârșit practici anticoncurențiale. Decizia civilă nr. 149/06.02.2020, pronunțată de Curtea de Apel într-adevăr se referă la o situație asemănătoare, însă există și diferențe semnificative. Măsurile adoptate de firma pot fi considerate radicale, fiindcă includ și schimbarea personalului de conducere, însă în cauza de față nu au fost luate asemenea măsuri radicale. Prin urmare, raportat la criteriile prevăzute de art. 171 alin. (3) din legea sus-menționată, în aprecierea noastră, operatorul economic SRL nu și-a demonstrat credibilitatea.

Având în vedere:

- Art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016: „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se afla în oricare dintre următoarele situații:

- c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative”;

- „(3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă”.

- Art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea 98/2016 „dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167 a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

- Pronunțarea la data de 16.12.2019 a Deciziei nr. 90 a Consiliul Concurenței

- Art. 171 alin. (3¹) din Legea nr. 98/2016: "Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere."

S-a constatat că de la data pronunțării deciziei Consiliului Concurenței, respectiv de la 16.12.2019, până în prezent, nu a expirat perioada de 3 (trei) ani prevăzută la art. 171 alin (5) lit. b) din Legea 98/2016 și poate fi aplicată situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) și alin. (3) din Legea 98/2016.

Comisia de evaluare a decis RESPINGEREA în faza de evaluare DUAE a ofertei depuse de ofertantul SRL care se încadrează la situația de excludere prevăzută la Art.167 alin. 1 lit. c) din Legea 98/2016, și în DUAE la secțiunea C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE/vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave.»

La contestație, ... S.R.L. a anexat și raportul Consiliului Județean nr. 5292/10.05.2021, raportul Municipiului nr. 42444/04.08.2021, comunicarea Consiliului Județean nr. 228/05.01.2021 și comunicarea Regiei Autonome a Domeniului Public nr. 8441/17.05.2021, din care rezultă că, la alte proceduri de atribuire (patru, finalizate în acest an), societatea a fost admisă, iar oferta ei a fost declarată câștigătoare sau, după caz, necâștigătoare.

CNSC apreciază că trebuia păstrată concluzia de acceptare a S.R.L. și la licitația deschisă organizată de

Potrivit Legii nr. 98/2016:

Art. 167. - (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:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.

Art. 171. - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1)

ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin **cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația**, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

Din raportul procedurii, reiese că oferta contestatoarei a fost respinsă pe temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016, iar autoritatea a invocat suspiciunea că operatorul economic „va comite și în viitor practici anticoncurențiale”, suspiciune pe care CNSC nu o împărtășește. Pe de o parte, ... S.R.L. nu poate fi exclusă de la procedurile de atribuire pe bază de simple suspiciuni, iar, pe de altă parte, acestea sunt și nefondate, întrucât sancțiunea aplicată S.R.L., coroborată cu atitudinea acesteia din timpul anchetei Consiliului Concurenței, relevă că societatea a înțeles și asumat fapta comisă, față de care operează o prezumție că nu o va repeta.

Excluderea societății pentru o presupusă intenție ar constitui o nouă sancționare a ei, pornind de la aceeași faptă.

De asemenea, ... nu a prezentat absolut nicio dovadă care să confirme că S.R.L. ar intenționa să fraudeze alte licitații. Nu a prezentat o astfel de dovadă nici măcar pentru licitația organizată de el,

mai cu seamă că nu a exclus ofertantul pe temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) și (5) din Legea nr. 98/2016:

Art. 167. - (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

*d) autoritatea contractantă are **suficiente indicii rezonabile**/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză;*

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

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

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

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

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

Nu poate fi reținut nici argumentul că societatea trebuie exclusă din cauză că nu a fost schimbat/eliminat din cadrul ei administratorul Nu trebuie omis că tocmai acesta a colaborat cu Consiliul Concurenței, pentru care a beneficiat de politica de clemență și de recunoaștere. În plus, schimbarea/eliminarea din cadrul societății a administratorului poate fi privită și ca o încălcare a dreptului la proprietate, întrucât S.R.L. este deținută integral de (asociat unic). Nu i se poate impune acestuia, pentru a putea participa la licitații, să își vândă compania ori să nu o mai conducă.

Consiliul Concurenței a punctat, în adresa nr. 9517/31.07.2020, atașată contestației:

„Precizăm că atât aplicarea politicii de clemență, cât și procedura de recunoaștere a faptei anticoncurențiale reprezintă instrumente aflate la dispoziția Consiliului Concurenței, care presupun atât cooperarea efectivă a operatorilor economici cu autoritatea de concurență, cât și admiterea de către beneficiar a săvârșirii faptei.

Aplicarea la politica de clemență presupune, a fortiori, o cooperare efectivă cu Consiliul Concurenței a unei întreprinderi participante la realizarea unei înțelegeri anticoncurențiale și/sau practici concertate și se concretizează în acordarea, la finalul procedurii de investigație, prin decizia autorității de concurență, a unui beneficiu constând în obținerea imunității la amendă sau a unei reduceri a amenzii, care ar urma să fie impusă de Consiliul Concurenței pentru implicarea întreprinderii în practica anticoncurențială respectivă.

*Deoarece implică, prin definiție, o cooperare reală, totală, continuă și promptă cu Consiliul Concurenței, de la momentul depunerii cererii, până la momentul în care autoritatea de concurență și-a finalizat procedura de aplicare a legii împotriva tuturor părților investigate, prin adoptarea unei decizii, se apreciază că **aplicarea politicii de clemență ar putea fi încadrată de autoritatea contractantă în categoria acelor măsuri prin care operatorul economic clarifică, în mod complet, faptele și împrejurările în care a fost comisă fapta anticoncurențială.***

*În concluzie, se apreciază că **aplicarea la politica de clemență și recunoașterea sunt două instrumente distincte, care ar putea fi luate în considerare de autoritățile contractante ca dovezi pentru demonstrarea credibilității ofertantului**, prin raportare la motivele de excludere (măsuri de self-cleaning). Suplimentar, operatorul economic poate furniza autorității contractante și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, disponibil pe pagina de internet a Consiliului Concurenței.*

Totodată, subliniem faptul că evaluarea dovezilor prezentate de un ofertant sancționat printr-o decizie a unei autorități de concurență, în vederea demonstrării credibilității sale, cade în sarcina autorității contractante, care poate stabili dacă acestea sunt suficiente pentru a nu exclude întreprinderea din procedura de achiziție publică, ținând cont și de condițiile existente în piață”.

În același sens sunt și adresa Consiliului Concurenței nr. 15572/13.12.2019, precum și Opinia comună a acestuia și ANAP, ambele atașate contestației. Și Decizia civilă nr. 149 din 06.02.2020 a Curții de Apel București furnizează repere pentru aprecierea situației contestatoarei.

Măsurile concrete luate de S.R.L. pentru a își demonstra credibilitatea, consemnate în Declarația inclusă în ofertă, reprezintă măsuri suficiente pentru a fi acceptată societatea la licitația organizată de, chiar dacă administratorul a rămas aceeași persoană fizică, proprietară a societății.

Autoritatea contractantă a procedat la o analiză mai mult teoretică a informațiilor comunicate de contestatoare, ajungând la concluzia eronată

că nu sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității ofertantului, și că se impune măsura excluderii.

Astfel, față de cele constatate anterior, CNSC constată caracterul fondat al primului motiv al contestației.

Referitor la motivul secund, și acesta apare a fi fondat.

Prețul propus de S.R.L. este de 5.669.650 lei, fără TVA, preț care a fost majorat ulterior depunerii ofertei la 5.798.975 lei, fără TVA.

Conform raportului procedurii, pagina 8: *„În urma solicitărilor de clarificări comisia de evaluare a analizat impactul financiar al corectării acestora, a acceptat răspunsul ofertantului care a corectat erorile constatate conform caietului de sarcini care sunt considerate **abateri tehnice minore**, și s-a aplicat prevederile **art. 134 alin (7) din HG nr. 395/2016.**”*

În punctul de vedere la contestație, ... afirmă:

„Din punct de vedere juridic, este o eroare materială neprecizarea în motivare și a literei a) din cadrul art. 134, alin. 7).

*Ulterior solicitărilor de clarificări, erorile au fost îndreptate, prin transmiterea **propunerii financiare cu valorile refăcute** în sensul înmulțirii prețului unitar cu cantitățile aferente. Având în vedere că prețul unitar aplicat ca urmare a corectării materialului, **era de prezentat în cadrul ofertei la un alt articol**, în consecință era deja ofertat, motiv pentru care greșeala ofertantului este viciu de formă, nicidecum nu i s-a acordat un avantaj real prin acceptarea acestei modificări. Modificările intervenite au vizat de fapt, numai corectarea articolului ofertat și s-au referit numai la **înmulțirea prețului unitar** cu valoarea corectă solicitată. **Prețul unitar a rămas neschimbat**, iar modificarea a rezultat numai din **schimbarea cantităților**. Aceste operații matematice au dus la o valoare a ofertei mai mare decât cea inițială. Prin urmare având în vedere faptul că prețul unitar deja exista în cadrul ofertei, nu se poate vorbi de o modificare a ofertei. Este evident faptul că greșeala provine de fapt dintr-o eroare, remediată ulterior prin ofertarea cantității corecte cu prețul unitar prezent în oferta financiară. Din situația prezentată mai sus, reiese faptul că erorile sunt formale, și nu pot avea nici un efect asupra faptului și modului în care oferta corespunde cerințelor tehnice și a cerințelor prezentate în cadrul documentației de atribuire.”*

Explicațiile de mai sus sunt lipsite de orice valoare în speța de față, câtă vreme, ... nu indică punctual și localizate exact la ce articole de lucrări se referă (inițiale și corectate), nu indică punctual și localizate exact la ce cantități de lucrări se referă (inițiale și corectate), nu indică punctual și localizate exact la ce prețuri ale articolelor de lucrări se referă (inițiale și corectate), nu indică unde anume se regăseau respectivele articole în oferta inițială, nu indică, pentru fiecare dintre articolele unde s-au operat modificări, în ce au constat acestea și cum au fost refăcute calculele aritmetice.

De asemenea, ... se prevalează de art. 134 alin (7) lit. a) din HG nr. 395/2016:

(7) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

*a) **pot fi încadrate în categoria viciilor de formă**; sau*

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

Însă, în raportul procedurii de atribuire nr. 55023/29.07.2021, comisia a considerat corecturile drept abateri tehnice minore, nu vicii de formă (răspunsul ofertantului care a corectat erorile constatate conform caietului de sarcini care sunt considerate **abateri tehnice minore**).

Nu poate veni acum autoritatea să spună că ele sunt vicii de formă, întrucât raportul pe baza căruia s-a stabilit rezultatul evaluării consemnează că ele sunt abateri tehnice minore. Dacă raportul este greșit, atunci el trebuie anulat chiar și pentru acest motiv.

În același raport se mai menționează: „Rezultatul evaluării se regăsește în Procesele verbale nr. 1439/28.06.2021, 1512/07.07.2021 și 1652/15.07.2021 care sunt parte a dosarului achiziției, în oferta financiară în deviz la două poziții s-a constatat erori **care sunt considerate abateri tehnice**.” Deci tot abateri, nicidecum vicii de formă.

Inclusiv în Procesele verbale amintite și în solicitarea de clarificări nr. 1513/07.07.2021, comisia a reținut că sunt abateri tehnice minore, nu vicii de formă.

Pe de altă parte, ipoteza viciilor de formă este exclusă, întrucât S.R.L. declară, în răspunsul nr. 87/08.07.2021, că își asumă **reducerea cotei de profit** „în scopul păstrării aceleiași oferte ca cea inițială”. O asemenea reducere a cotei de profit nu poate reprezenta un eventual viciu de formă, ci o modificare clară a propunerii financiare.

De asemenea, reprezintă tot o modificare a propunerii financiare creșterea prețurilor la articolele 41 și 42:

- 41. Procurat și montat (prin batere) parapet metalic tip H1 (cu toate accesoriile de montaj si elementele reflectorizante)

- 42. Procurat și montat (prin betonare) parapet metalic tip H1 (cu toate accesoriile de montaj si elementele reflectorizante)

Inițial, ele au fost prevăzute astfel:

Denumire	UM	Pret unitar fără TVA	Cant. min.	Cant. max.	Val. min. lei, fără TVA	Val. max. lei, fără TVA
----------	----	----------------------	------------	------------	-------------------------	-------------------------

Procurat și montat (prin batere) parapet metalic tip H1 (cu toate accesoriile de montaj si elementele reflectorizante)	ml	200,00	5.000	20.000	1.000.000	4.000.000
Procurat și montat (prin betonare) parapet metalic tip H1 (cu toate accesoriile de montaj si elementele reflectorizante)	ml	200,00	50	250	10.000	50.000

După clarificări, prin răspunsul nr. 89/14.07.2021, prețurile unitare și cele totale au fost majorate astfel:

Denumire	UM	Pret unitar fără TVA	Cant. min.	Cant. max.	Val. min. lei, fără TVA	Val. max. lei, fără TVA
Procurat și montat (prin batere) parapet metalic tip H1 (cu toate accesoriile de montaj si elementele reflectorizante)	ml	206,34	5.000	20.000	1.031.700	4.126.800
Procurat și montat (prin betonare) parapet metalic tip H1	ml	210,10	50	250	10.505	52.525

(cu toate accesoriile de montaj si elementele reflectorizante)						
--	--	--	--	--	--	--

O asemenea modificare constituie, cu certitudine, o modificare a propunerii financiare, nu a celei tehnice, context în care toată argumentația autorității, construită pe art. 134 alin (7) din HG nr. 395/2016, este nerelevantă, întrucât art. 134 alin (7) se referă la modificarea propunerii tehnice, nu a celei financiare.

Scuza că „**Prețul unitar a rămas neschimbat**, iar modificarea a rezultat numai din **schimbarea cantităților**.” nu are legătură cu realitatea care rezultă din centralizatorul redat parțial mai sus, conform căruia prețurile unitare au fost majorate, cantitățile minime și maxime rămânând aceleași.

Cum s-a reținut mai sus, ofertantul răspunde, în adresa nr. 87/08.07.2021, că își asumă reducerea cotei de profit „în scopul păstrării aceleiași oferte ca cea inițială”, în contextul în care, în solicitarea de clarificări nr. 1513/07.07.2021, autoritatea i-a atras atenția că procentul de profit și cheltuieli indirecte **vor fi cele din oferta inițială**, atenționare pe care ofertanta a încălcat-o prin răspunsul ei.

Astfel, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul fondat al întregii contestații, motiv pentru care va admite contestația formulată de S.R.L., și va obliga autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 55023/29.07.2021 și a adreselor de comunicare a rezultatului evaluării ofertelor, conform considerentelor de mai sus. Va dispune și reevaluarea acestora, în termen de 20 de zile de la comunicarea prezentei.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de S.R.L., în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 55023/29.07.2021 și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, conform considerentelor de mai sus.

Dispune reevaluarea ofertelor în termen de 20 de zile de la comunicarea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....