CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ..., România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ... /02.04.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. ... /13.04.2018, depusă de ..., cu sediul în ..., b-dul ... nr. ..., etaj ..., sector ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., împotriva adresei nr. .../02.04.2018, privind comunicarea anulării procedurii și a raportului procedurii, emise de ... ... SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în localitatea ..., Calea ...lor nr. ..., județul ..., în cadrul procedurii de negociere fără inviație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare, derulată în vederea atribuirii contractului de achiziție sectorial având ca obiect *„Lot nr. 1 – curățenie stradală constând în: măturare manuală și mecanizată, inclusiv rigole/elemente ale sistemului de evacuare ape pluviale, strângerea și evacuarea deșeurilor, golirea și spălarea coșurilor de gunoi, eliminarea vegetației dintre rosturi, ștergere/spălare elemente signalistică (panouri, indicatoare etc.), precum și ștergere/spălare elemente delimitare fluxuri – bolarzi, balustrade, parapeți, popici etc. Lot nr. 2 – deszăpezire, degivrare și transport zăpadă, inclusiv punere la dispoziție substanțe/soluții degivrante”*, s-au solicitat: *„Obligarea Autorității Contractante la măsurile de remediere solicitate de noi prin Notificarea Prealabilă: anularea comunicării din adresa la care facem referire și a Raportului procedurii în ceea ce privește oferta noastră și reluarea procedurii cu reevaluarea acesteia”.*

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. ... /02.04.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 14826/13.04.2018, ... critică adresa nr. ... /02.04.2018, privind comunicarea anulării procedurii și raportul procedurii, emise de ..... SA, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii antemenționată, solicitând *„Obligarea Autorității Contractante la măsurile de remediere solicitate de noi prin Notificarea Prealabilă: anularea comunicării din adresa la care facem referire și a Raportului procedurii în ceea ce privește oferta noastră și reluarea procedurii cu reevaluarea acesteia”.*

... susține că are un interes legitim în participarea la procedura criticată, fiind preocupată de legalitatea desfășurării acesteia și de încheierea contractului, menționând că a depus notificarea prealabilă în termenul legal, dar până în momentul depunerii contestației nu a primit niciun răspuns din partea entității contractante, concomitent afirmând și că *„în speță, la data de 05.04.2018, a depus notificarea prealabilă în termen legal și a primit un răspuns prin care i s-a comunicat că entitatea contractantă refuză să ia măsuri de remediere*”, condiții în care, având calitatea de ofertant, a justificat nu un interes potențial sau eventual, ci unul real, actual și „*serios material*”.

Referitor la adresa numărul 1230/02.04.2018, autoarea contestației susține că în aceasta nu se precizează care dintre membrii din cadrul consiliului de administraţie/organului de conducere sau de supervizare şi/sau acţionarii ori asociaţi semnificativi ai ...se află într-o situaţie potenţial generatoare de conflict de interese, deoarece o astfel de situație nu există, deși din adresă rezultă că procedura a fost anulată din cauza unei situaţii *„potenţial generatoare de conflict de interese, conform prevederilor art. 72 coroborat cu art. 73 alin. 1 lit. d şi alin. 2 din Legea 99/2016*”.

Susținând că nu sunt îndeplinite condiţiile reglementate de art. 51, pentru care Legea nr. 99/2016 nu se aplică, nefiind astfel prevăzute interdicţii legate de întreprinderile afiliate la articolele invocate in adresa criticată, petenta consideră că împrejurarea că entitatea contractantă este acționar minoritar al ...și a desemnat un reprezentant în Consiliul de administrație al acesteia nu reprezintă o situație potențial generatoare de conflict de interese.

Cu privire la situația de afiliere a ...cu entitatea contractantă și eventuale situații potențial generatoare de conflict de interese petenta menționează că a furnizat anterior un punct de vedere ca urmare a solicitării achizitoarei, din care redă: *„Dl. ... a fost numit în data de 21.12.2017, în calitate de membru al Consiliului de Administrație ..., ca urmare a revocării din această funcţie a dlui. ..., care deţinea în trecut respectiva funcție și având mandatul valabil până la data de 04.08.2019, la solicitarea acţionarului nostru, ..., ce deţine 10% din cota de participare la profit și pierderi, urmare a adresei transmise în data de 04.10.2017. Ori, la acea dată, respectiv 04.10.2017, ...era în cunoștință de cauză asupra datei de încetare a contractelor de servicii ce erau în derulare încă din 2001 și respectiv 2003, cât și asupra necesității*

sale de a organiza licitații pentru atribuirea serviciilor ce făceau obiectul contractelor despre care am făcut mai sus vorbire".

Totodată, afirmă că ...are calitate de acționar al ... încă de la înființarea acesteia, având reprezentanți în cadrul Consiliului de Administraţie pe toată această perioadă, astfel că, la momentul la care ...a constituit comisia de desfășurare a procedurii de atribuire a contractului şi întocmire a caietelor de sarcini pentru procedurile de achiziții publice, trebuia să aibă în vedere faptul că dl. ... este membru al Consiliului de Administrație ..., numit la solicitarea achizitoarei, ...neputând invoca propria culpa cu privire la faptul că ... este companie afiliată cu entitatea contractantă la momentul participării acesteia la o procedura de atribuire directă prin negociere a unor contracte de servicii.

După ce menționează că ... a sesizat relația de afiliere, la care ...nu a înțeles să facă vreo obiecțiune, petenta redă art. 42 din Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE și art. 75 din Legea nr. 99/2016, susținând că dl ..., în calitatea sa de membru al Consiliului de Administrație ..., reprezintă interesele ..., acționarul minoritar al ..., la data numirii în funcția de administrator a persoanei ..., ...fiind în cunoștință de cauză asupra identității persoanelor care au participat la elaborarea si aprobarea caietelor de sarcini, caz în care entitatea contractantă cu rea-credinţă invocă o situație preconstituită de către aceasta.

După ce reiterează aspecte în legătură cu persoana ..., petenta susține că acesta nu are interese financiare, economice sau personale în legătură cu ..., care să îi afecteze imparțialitatea, reprezentând doar interesul ...în raport cu respectiva companie și nici nu participă la procesul de evaluare a ofertelor, în final menționând că persoana în discuție nu mai este membru în Consiliul de Administraţie al Companiei ....

În drept, petenta invocă prevederile art. 8 și urm. din Legea 101/2016 și celelalte texte de lege citate sau la care a făcut referire în contestație, și, anexează în copie un set de documente probatorii.

Prin punctul de vedere nr. ... /19.04.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 16106/20.04.2018, ... SA a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

Entitatea contractantă prezintă pe scurt istoricul procedurii criticate și menționează că data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită în ziua de 29.01.2018, ora 12:00, fiind comunicate invitații de participare către mai mulți operatori economici, Compania ... fiind invitată să depună oferta în cadrul procedurii de atribuire prin adresa nr. 256/19.01.2018.

Entitatea achizitoare menționează că, până la data limită de depunere a ofertelor, au fost depuse 4 oferte, iar în urma analizei documentelor depuse de către ..., comisia a constatat din *„Declaraţia*

depusa de către ofertant privind situatia personala a ofertantului” coroborată cu *„Certificatul constatator al societarii ...”* o situație potențial generatoare de conflict de interese, în legătură cu care a solicitat petentei un punct de vedere prin adresa nr. „S.Ach. 419/01.02.2018”, la care ... ... SA a răspuns cu adresa nr. 1867/02.02.2017.

Prin adresa nr. SAch. ... /02.04.2018, arată entitatea contractantă, i-a fost comunicat contestatoarei rezultatul procedurii, respectiv, anularea acesteia în temeiul art. 224 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, datorită existentei unei situații potențial generatoare de conflict de interse conform prevederilor art. 72 coroborat cu art. 73 alin. (1) lit. d) și alin. (2) din același act normativ.

Față de susţinerile contestatoarei referitoare la adresa nr. 1230/02.04.2018, în sensul că aceasta nu precizează care dintre membrii din cadrul Consiliului de administratie/organului de conducere sau de supervizare si/sau acționarii asociați semnificativi ai ...se află într-o situație potențial generatoare de conflict de interese, entitatea contractantă arată că, în cuprinsul contestației, ... tratează situația potențial generatoare de conflict de interese a dlui ..., fapt ce atestă că petenta are cunoştință de situația avută în vedere, aspect care a fost detaliat prin intermediul adresei nr. 149/01.02.2018, în care entitatea contractantă a solicitat contestatoarei transmiterea punctului de vedere cu privire la situația generată de faptul că *„Ofertantul SC ... are drept membru in consiliul de administraţie in calitate de administrator pe domnul Laurentiu .... Domnul Laurentiu ... are funcţie de decizie in cadrul entitatii contractante, fiind Director Tehnic si Intretinere si este implicat in desfasurarea procedurii de atribuire a contractului, atat pentru Lot I, cat si pentru Lot II, sens in care, menţionam ca a elaborat si aprobat caietul de sarcini si documentaţia de atribuire a contractului, in calitate de Director Tehnic si Intretinere si de membru in cadrul comisiei de elaborare a documentaţiei de atribuire a contractului, pentru Lot I si Lot II”.*

Cu privire la afirmația contestatoarei că ...este acţionar minoritar al ...și faptul că a desemnat un reprezentant în Consiliul de Administrație al acesteia nu reprezintă o situație generatoare de conflict de interese, entitatea contractantă precizează faptul că, prin comisia de evaluare, s-a analizat situația potențial generatoare de conflict de interese, reiterând faptul că *„Dl. ..., în calitate de Director Tehnic și Intretinere, a elaborat si aprobat caietul de sarcini si documentaţia de atribuire a contractului. A elaborat si a fost membru in cadrul comisiei de elaborare a documentaţiei de atribuire a contractului pentru Lot I și Lot II. De asemenea, a semnat și aprobat transmiterea invitației de participare către Compania ..., înregistrata cu nr. ... /19.01.2018*”.

Totodată, precizează că la data anlizării ofertei Companiei ..., după deschiderea ofertelor, comisia de evaluare a constatat faptul că persoana în discuție este membru în cadrul Consiliului de Administrație al Companiei ..., fiind numit la data de 21.12.2017.

Față de susținerile contestatoarei legate de o altă procedură de atribuire, respectiv: *„servicii de curăţenie interioara și vidanjare*", întreprinderi afiliate și art. 51 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă menționează că sunt străine prezentei pricini.

Entitatea contractantă afirmă că a ținut cont de dispoziţiile art. 42 din Directiva 2004/17/CE și de cele ale art. 71 din Legea nr. 99/2016, conformându-se prevederilor art. 72 și art. 75 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, care instituie obligația sa de a lua toate măsurile pentru evitarea conflictului de interese, prin dispunerea de măsuri specifice, eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese, precum înlocuirea membrului din comisie, acolo unde este posibil sau eliminarea ofertantului aflat în relație cu persoanele cu funcții de decizie din cadrul entității contractante.

Față de situația relevată, entitatea contractantă a considerat că anularea procedurii este o măsura ce asigură respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 în sensul că procedura a fost afectată de un viciu.

În drept, au fost invocate dispoziţiile Legii nr. 99/2016, Legii nr. 101/2016, HG nr. 394/2016.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de negociere fără inviație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare, în vederea atribuirii contractului de achiziție sectorial având ca obiect *„**Lot nr. 1** – **curățenie stradală** constând în: măturare manuală și mecanizată, inclusiv rigole/elemente ale sistemului de evacuare ape pluviale, strângerea și evacuarea deșeurilor, golirea și spălarea coșurilor de gunoi, eliminarea vegetației dintre rosturi, ștergere/spălare elemente signalistică (panouri, indicatoare etc.), precum și ștergere/spălare elemente delimitare fluxuri – bolarzi, balustrade, parapeți, popici etc. **Lot nr. 2** – **deszăpezire, degivrare și transport zăpadă**, inclusiv punere la dispoziție substanțe/soluții degivrante",* comunicând invitații de participare către mai mulți operatori economici, înregistrate sub numerele de la ..../19.01.2018 și, respectiv, .../253.01.2018 și ..../25.01.2018.

Criteriul de atribuire a contractului aplicat este *„preţul cel mai scăzut",* valoarea estimată, pentru Lotul 1 fiind de 3.054.267,29 lei, fără TVA, iar pentru Lotul 2, de 2.106.115,73 lei, fără TVA.

Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită în 29.01.2018, ora 12:00, dată până la care au depus oferte patru operatori economici, printre care și contestatoarea.

În urma analizei documentelor depuse de către ..., comisia de evaluare a constatat situația potential generatoare de conflict de interese, fapt pentru care a decis anularea procedurii de atribuire.

Decizia de anulare a procedurii de atribuire a fost comunicată petentei prin adresa nr. 1895/04.04.2018, care a fost atacată, în termen legal, după parcurgerea procedurii de notificare a entității contractante, cu contestația ce constituie obiect al prezentei analize.

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

Esențial, aspectul referitor la care, prin contestația promovată, SC ... a învestit Consiliul a se pronunța, este constituit de împrejurarea conform căreia: **dacă un membru din cadrul Consiliului său de Administrație**, numit în respectiva funcție **începând cu data de 21.12.2017**, a deținut anterior respectivei date, dar **și în continuare**, **funcția de director tehnic și întretinere al entității contractante** ..... SA, calitate în care:

- a elaborat si aprobat caietul de sarcini si documentaţia de atribuire a contractului;

- a aprobat nota justificativă de determinare a valorii estimate a contractului înregistrată sub nr. SA 5810/**10.01.2018**;

- a semnat, în calitate de președinte al comisiei de elaborare, răspunsul nr. 336/**26.01.2018**, la solicitările de clarificări transmise chiar de către contestatoare, act ulterior transmiterii invitației de participare la negociere comunicată petentei SC ... sub nr. 256/**19.01.2018** etc.,

reprezintă situaţie potenţial generatoare de conflict de interese de natură să conducă la **excluderea petentei din procedură**, cu finalitatea din cauză - a anulării procedurii de atribuire.

Situația reținută se va analiza în raport de dispozițiile Legii nr. 99/2016 constituite de normele:

- art. 72. – *„În sensul prezentei legi, prin **conflict de interese** se înţelege **orice situaţie în care personalul entităţii contractante** (...) implicaţi în desfăşurarea procedurii de atribuire sau **care pot influenţa rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal**, care **AR PUTEA FI PERCEPUT ca element care compromite imparţialitatea** sau independenţa lor în contextul procedurii de atribuire*";

- art. 73 alin. (1) lit. d) – *„Reprezintă **situaţii potenţial generatoare de conflict de interese orice situaţii** care ar putea duce la apariţia unui conflict de interese în sensul art. 72, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:*

(...)

*d) situaţia în care **OFERTANTUL INDIVIDUAL**/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terţul susţinător **ARE DREPT MEMBRI ÎN CADRUL CONSILIULUI DE ADMINISTRAŢIE**/organului de conducere sau de supervizare (...) ori care se află în relaţii comerciale cu **PERSOANE CU FUNCŢII DE DECIZIE ÎN CADRUL ENTITĂŢII CONTRACTANTE** (...)*";

- art. 74. – *„Ofertantul declarat câştigător cu care entitatea contractantă a încheiat contractul sectorial **nu are dreptul de a angaja sau încheia orice alte înţelegeri privind prestarea de servicii, direct sau indirect, în scopul îndeplinirii contractului sectorial**, **cu persoane fizice sau juridice care au fost** (...) **angajaţi/foşti angajaţi ai entităţii contractante** (...) cu care entitatea contractantă (...) a încetat relaţiile contractuale ulterior atribuirii contractului*

*sectorial, **pe parcursul unei perioade de cel puţin 12 luni** de la încheierea contractului, **sub sancţiunea rezoluţiunii ori rezilierii de drept a contractului respectiv***";

- art. 75 alin. (1)-(3) – *„(1) În cazul în care entitatea contractantă identifică o situaţie potenţial generatoare de conflict de interese în sensul art. 72, aceasta **ARE OBLIGAŢIA DE A ÎNTREPRINDE ORICE DEMERSURI NECESARE PENTRU A STABILI DACĂ SITUAŢIA RESPECTIVĂ REPREZINTĂ O SITUAŢIE DE CONFLICT DE INTERESE** şi de a prezenta candidatului/ofertantului aflat în respectiva situaţie o expunere a motivelor care, în opinia entităţii contractante, sunt de natură să ducă la un conflict de interese*.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1), entitatea contractantă va solicita candidatului/ofertantului transmiterea punctului său de vedere cu privire la respectiva situaţie.

*(3) În cazul în care, în urma aplicării dispoziţiilor alin. (1) şi (2), entitatea contractantă **STABILEŞTE CĂ EXISTĂ UN CONFLICT DE INTERESE, adoptă măsurile necesare pentru ELIMINAREA CIRCUMSTANŢELOR CARE AU GENERAT CONFLICTUL DE INTERESE**, dispunând măsuri precum: înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor, atunci când le este afectată imparţialitatea, acolo unde este posibil, sau **ELIMINAREA OFERTANTULUI/CANDIDATULUI AFLAT ÎN RELAŢIE CU PERSOANELE CU FUNCŢII DE DECIZIE DIN CADRUL ENTITĂŢII CONTRACTANTE***";

- art. 180 alin. (1) lit. e)-f) și i) – *„**(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului** sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

(...)

*e) **se află într-o situaţie de conflict de interese în cadrul sau/în legătură cu procedura în cauză**, iar această situaţie nu poate fi remediată în mod efectiv prin alte măsuri mai puţin severe, prevăzute la art. 75 alin. (3);*

*f) **participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenţei**, iar această situaţie nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puţin severe;*

(...)

*i) operatorul economic a încercat (...) **să obţină informaţii confidenţiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire** sau a furnizat **din neglijenţă informaţii eronate care pot avea o influenţă semnificativă asupra deciziilor entităţii contractante** privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru către respectivul operator economic*".

Se constată astfel că situația petentei este una ***potenţial generatoare de conflict de interese*** corespunzătoare ipotezei

reglementată de art. 73 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2016, fiind *ofertant individual care are un membru în consiliul de administrație o persoană* ***cu funcție de decizie*** *în cadrul entității contractante*, situație față de care entitatea contractantă avea obligația de a aplica dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. e) din lege, respectiv de a exclude petenta ... din procedură.

Alegațiile petentei referitoare la faptul că ar fi intreprindere afiliată cu entitatea contractantă nu pot fi reținute în condițiile în care o astfel de ipoteză nu ar putea fi de natură să înlăture situația ***potenţial generatoare de conflict de interese*** creată.

Deoarece SC ... se afla în ipoteza conform căreia, de drept, se impunea a fi exclusă din procedură, orice critici formulate de aceasta în legătură cu decizia privind modalitatea de finalizare a procedurii, prin anularea acesteia, sunt lipsite de interes și nu vor fi analizate, petenta neîndeplinind condițiile instituite prin art. 2 și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 încât să fi persoană vătămătă de modalitatea de finalizare a procedurii de atribuire.

Față de cele constatate, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ..... SA.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ..., cu sediul în ..., b-dul ... nr. ...., etaj ...., sector ...., în contradictoriu cu ..... SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în localitatea ..., Calea ...lor nr. ..., județul ....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Președinte,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**