

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 fără număr de înregistrare din data de 28.11.2022, depusă în original la serviciul registratură din cadrul Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, înregistrată fiind cu nr. 58583 din data de 28.11.2022, formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată convențional de „...”, cu sediul profesional în ..., acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în baza împuternicirii avocațiale Seria B nr. ... din data de .., depusă în original la dosarul cauzei, împotriva conținutului documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare *SEAP*, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 126 și următoarele din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție sectorială fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de prestare de servicii, având ca obiect *„Servicii de consultanță și asistență pe tot parcursul derulării procedurilor de atribuire a spațiilor comerciale pentru profilele alimentație publică și travel retail din cadrul ..., până la semnarea viitoarelor contracte, incluzând elaborarea cerințelor specifice și a proiectelor de contract”*, cod CPV principal 79410000-1 Servicii de consultanță în afaceri și în gestionare (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

(i) suspendarea procedurii de achiziție sectorială, până la soluționarea contestației în conformitate cu dispozițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016;

(ii) în principal, anularea procedurii de achiziție sectorială, în conformitate cu prevederile art. 62 alin. (2) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 (aprobate prin Hotărârea

Guvernului nr. 394/2016) întrucât cuprinde cerințe incompatibile cu prevederile legale și, în subsidiar, în măsura în care Consiliul consideră că procedura poate continua cu remedierea neconformităților, solicită remedierea constând în:

(a) eliminarea cerinței nr. 3 de la punctul III.1.1.a) din fișa de date, respectiv la punctul III.1.1) din anunțul de participare, conform căreia "Ofertanții/ ofertanții asociați/ subcontractanții propuși/ terții susținători nu trebuie să se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ... pentru profilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L.", iar dacă o astfel de eliminare nu este posibilă,

(b) extinderea interdicției cuprinse la cerința nr. 3 de la punctul III.1.1.a) din fișa de date, respectiv la punctul III.1.1) din anunțul de participare la toți operatorii economici care activează pe piața serviciilor de alimentație publică/travel retail și operează spații comerciale cu aceste destinații pe alte aeroporturi internaționale (concurenți ai ...),

(c) remedierea neconcordanțelor existente între punctul III.1.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date și punctul III.1.1) din anunțul de participare,

(d) modificarea cerinței nr. 1 de la punctul III.1.3.a) din fișa de date, în sensul eliminării cuvântului "internațională" din sintagma "experiență internațională" și

(e) înlocuirea precizării "În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu prețul cel mai scăzut." de la punctul IV.4.2 din fișa de date cu "În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, cu punctaje egale, departajarea se va face având în vedere punctajul obținut la factorii de evaluare, în ordinea descrescătoare a ponderilor acestora. În situația în care egalitatea se menține, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică."

Prin cererea de intervenție voluntară nr. ... din data de ..., transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de 09.12.2022 ora 13:57, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din data de ..., formulată de ... SRL, cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ..., în calitate de administrator, și convențional de „...”, cu sediul profesional în ..., acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în baza împuternicirii avocațiale Seria ... nr. ... din data de ..., depusă în original la dosarul cauzei, persoana însărcinată cu primirea corespondenței fiind Av. ..., vizând contestația din dosarul nr. ..., înregistrată la entitatea

contractantă cu nr. ... din data de 28.11.2022 și publicată în SEAP, în data de 29.11.2022, formulată de ..., s-a solicitat Consiliului să dispună:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;
- respingerea contestației ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și prevederile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 28.11.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din data de ..., ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura simplificată, desfășurată într-o etapă, în conformitate cu art. 126 și următoarele din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție sectorială fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către entitatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de achiziție sectorială de prestare de servicii, având ca obiect „*Servicii de consultanță și asistență pe tot parcursul derulării procedurilor de atribuire a spațiilor comerciale pentru profilele alimentație publică și travel retail din cadrul ..., până la semnarea viitoarelor contracte, incluzând elaborarea cerințelor specifice și a proiectelor de contract*”, inițiată prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare ... din data de ..., a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat Consiliului să dispună suspendarea procedurii de achiziție publică, în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de achiziție publică în cauză a fost admisă, prin încheierea Consiliului nr. ... din data de

Autoarea contestației critică prevederi ale documentației de atribuire pe care le consideră abuzive și de natură a restricționa accesul la procedură pentru unii operatori economici.

Aceasta arată că:

- în fișa de date a procedurii, la punctul III.1.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, cerința nr. 3 a fost formulată astfel: *"Ofertanții/ofertanții asociați/subcontractanții propuși/terții susținători nu trebuie să se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ... pentru pofilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L."*. Modalitatea de îndeplinire a cerinței este următoarea: *"în acest sens, ofertanții/ofertanții asociați/subcontractanții propuși/terții susținători vor depune o Declarație de independență față de actualii parteneri asociați ai ... pentru pofilele alimentație publică și retail"*.

- în anunțul de participare, cerința nr. 3 descrisă mai sus se regăsește la punctul III. 1.1) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale.

În opinia sa, o astfel de neconcordanță între prevederile anunțului de participare și cele ale Fișei de date are la bază culpa entității contractante, care nu a asigurat respectarea dispozițiilor art. 164 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Subliniază faptul că interdicția stabilită de ... în documentația de atribuire este contrară principiilor tratamentului egal și nediscriminării, ... în calitate de actual partener al entității contractante aflându-se într-o poziție dezavantajoasă și discriminatorie comparativ cu alți operatori economici care activează pe piața serviciilor de alimentație publică/travel retail și operează spații comerciale cu aceste destinații pe alte aeroporturi internaționale.

Arată că prin formularea acestei cerințe, intenția entității contractante a fost aceea de a elimina orice posibilă implicare a ... și a întreprinderilor care fac parte din grupul său în procesul de elaborare a documentației de atribuire și de pregătire a noilor proceduri de atribuire a spațiilor comerciale din incinta

Apreciază că în vederea asigurării unui tratament egal și nediscriminatoriu, este necesar ca societatea care va presta serviciile de consultanță în favoarea entității contractante cu privire la viitoarele proceduri de atribuire a spațiilor comerciale pentru pofilele alimentație publică și travel retail din incinta ... să fie independentă de orice operator economic care exploatează spații comerciale cu aceste destinații în aeroporturi internaționale, iar nu doar de actualii parteneri ai

Susține că prin acest comportament al entității contractante, sunt încălcate două dintre principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale (reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016), și anume nediscriminarea și tratamentul egal, ceea ce afectează concurența reală și efectivă în cadrul procedurii.

Așadar, apreciază că se impune anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 62 alin. (2) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-

cadru din Legea nr. 99/2016, întrucât modificarea cerinței menționate atrage extinderea nivelului criteriilor de calificare și selecție, cu consecința restrângerii competiției.

Totodată, arată că în cuprinsul documentației de atribuire există numeroase alte neconformități, care, la rândul lor, determină anularea procedurii de atribuire.

Caracterul nelegal, neclar și inconsecvent al documentației de atribuire elaborate de ... este relevant și de următoarele aspecte:

a) Neconcordanțe între prevederile anunțului de participare și ale fișei de date

Arată că:

- în Fișa de date la punctul *III.1.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului*, sunt prevăzute 3 cerințe, și anume: (i) ca ofertanții/terții susținători și subcontractanții să nu se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016; (ii) ca ofertanții/terții susținători și subcontractanții să nu se regăsească în situațiile prevăzute la art. 73 din Legea nr. 99/2016 și ca (iii) ofertanții/terții susținători și subcontractanții să nu se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ... pentru pofilele alimentație publică și retail, respectiv ... SRL și La următorul punct al Fișei de date, respectiv *III.1.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, este prevăzută cerința ca operatorii economici ce depun ofertă să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

- în schimb, în anunțul de participare, toate cele 4 cerințe enumerate mai sus (grupate în două secțiuni diferite în cadrul Fișei de date) se regăsesc sub umbrela aceluiași punct, și anume *III. 1.1) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale.

Apreciază că, procedând în acest fel, entitatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 164 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, susține că în condițiile unui conținut diferit al elementelor componente ale documentației de atribuire cu privire la același subiect, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire nu pot avea o reprezentare clară și corectă a încadrării cerinței potrivit căreia *"ofertanții/ terții susținători și subcontractanții să nu se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ... pentru pofilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L."* prin raportare la dispozițiile legale aplicabile, astfel încât aceștia să evalueze posibilitatea și condițiile participării în cadrul procedurii în funcție de natura legală a acestei cerințe și consecințele aferente.

b) Cerința referitoare la experiența internațională în domeniul prestării serviciilor de consultanță și asistență în atribuirea de spații comerciale pentru pofilele alimentație publică și travel retail

Arată că cerința nr. 1 de la punctul III. 1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date, *"Ofertanții trebuie să aibă experiență internațională în domeniul prestării serviciilor de consultanță și asistență în atribuirea de spații comerciale pentru pofilele alimentație publică și travel retail"* este restrictivă întrucât favorizează operatorii economici străini, a căror experiență este în mod natural internațională, în detrimentul operatorilor români. Din această cerință, se poate înțelege astfel că operatorii economici români nu pot participa la procedura de atribuire, aspect ce încalcă flagrant prevederile legale în materie.

c) Situația în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc

Arată că la punctul IV.4.2 - Modul de prezentare a propunerii financiare din Fișa de date se stabilește, în mod incorect, că: *"În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu prețul cel mai scăzut"*.

Acest mecanism este incident în cazul în care criteriul de atribuire utilizat este "prețul cel mai scăzut", astfel cum reiese din art. 144 alin. (1) și (2) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/ acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 ori în cazul prezentei proceduri criteriul de atribuire este "cel mai bun raport calitate-preț" fiind aplicabile dispozițiile art.145 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/ acordului-cadru din Legea nr. 99/2016.

Susține că toate aceste necorelări și mențiuni contradictorii în cuprinsul documentelor componente ale documentației de atribuire afectează în mod grav drepturile operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, fiind necesară remedierea acestora sau anularea Procedurii, în cazul în care măsurile de remediere care trebuie luate de ... restrâng concurența sau favorizează operatori economici în detrimentul altora.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... a solicitat respingerea contestației formulate de ..., ca fiind neîntemeiată.

Referitor la anularea procedurii:

A. Cerința nr. 3 de la punctul III. 1.1.a) din Fișa de date, respectiv la punctul III. 1.1) din anunțul de participare, conform căreia *"Ofertanții/ofertanții asociați/subcontractanții propuși/terții susținători nu trebuie să se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ... pentru pofilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L."* a fost stabilită de către Consiliul Concurenței, prin decizia nr. ..., astfel nu poate fi eliminată/modificată, asigurând un cadru legal adecvat.

Entitatea contractantă învederează că încă din anul 2016, Consiliul Concurenței a demarat o investigație care a avut ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene de către ..., ... și ..., prin încheierea contractelor de asociere în participațiune nr. 527/C/27.10.2010 și 528/C/27.10.2010, precum și prin modul în care aceste contracte sunt puse în practică în vederea exploatării spațiilor comerciale din incinta

Arată că urmare investigației, Consiliul Concurenței a emis Decizia cu caracter obligatoriu nr. 69 din 06.10.2021, prin care a instituit în sarcina ... obligații punctuale privind condițiile de derulare ale celor două contracte, dar și aspecte privind derularea în viitor a unor proceduri de achiziție având ca obiect selectarea unui consultant care să asigure consultanță și asistență pe tot parcursul derulării procedurilor de atribuire a spațiilor comerciale pentru pofilele alimentație publică și travel retail din cadrul

Subliniază faptul că la elaborarea documentației de atribuire a contractului de consultanță, ... a avut în vedere aspectele cuprinse la art. 187, respectând astfel exigențele instituite de către Consiliul Concurenței în calitate de autoritate națională în domeniul concurenței, care, în virtutea prerogativelor deținute, a apreciat ca fiind necesară asigurarea și respectarea unui cadru legal, *care să nu permită dezechilibre în materie de concurențialitate, transparență, potențiale conflicte de interese etc.*

De asemenea, învederează că încă din anul 2019, contestatoarea a inițiat o corespondență susținută cu ... prin care, în mod constant, a solicitat prelungirea contractului de asociere în participațiune, deși în calitate de societate investigată, și-a asumat în fața Consiliului Concurenței un angajament, iar ulterior a luat la cunoștință despre decizia emisă de acest organ.

Apreciază că prin contestația formulată, ... urmărește blocarea procedurii de achiziție legal demarată, fiind de notorietate poziția acestei societăți care în mod constant, prin corespondența transmisă a solicitat prelungirea contractului de asociere în participațiune nr. 528/C/27.10.2010, argumentând într-o manieră proprie obligația entității contractante de a se conforma precum și beneficiile unei astfel de prelungiri.

Precizează că inclusiv la data formulării prezentului punct de vedere există în analiză o solicitare a ..., prin care se reiterează obligația entității contractante de a prelungi contractul de asociere în participațiune nr. 528/C/27.10.2010, pe o perioadă mai mare de 6 luni, în contextul în care la data de 02.12.2022, urmează ca Adunarea Generală Extraordinară a Acționarilor a ... să analizeze prelungirea pe o perioadă de 6 luni a asocierii.

În acest context, apreciază că este mai mult decât vădit faptul că *"... are interesul de a bloca procedura de achiziție aflată în derulare, menținerea în valabilitate a contractului de asociere răspunzând cel mai bine intereselor sale"*.

Totodată, apreciază că ca la analiza cererii de anulare se impune să se aibă în vedere că legislația achizițiilor publice interzice consultantului implicat în derularea procedurii privind valorificarea unor spații să participe în calitate de ofertant la procedura de atribuire a spațiilor comerciale la ..., fiind astfel înlăturate premisele existenței unui conflict de interese.

B. Pretinsa neconformitate susținută de contestatoare în ceea ce privește punctul IV.4.2 din Fișa de date reprezintă un criteriu stabilit de entitatea contractantă cu respectarea legislației incidente

Referitor la criticile aduse de contestatoare cu privire la punctul IV.4.2 din Fișa de date *"în cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu prețul cel mai scăzut."* și solicitarea de înlocuire a criteriului stabilit de entitatea contractantă cu *"în cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, cu punctaje egale, departajarea se va face având în vedere punctajul obținut la factorii de evaluare, în ordinea descrescătoare a ponderilor acestora. în situația în care egalitatea se menține, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică."*, arată că acest criteriu stabilit este în perfecta concordanță cu dispozițiile art. 144 alin. (1) și (2) din Normele Metodologice din 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Astfel, susține că așa cum se poate observa cu ușurință, criteriul de la punctul IV.4.2 din Fișa de date reprezintă o preluare ad litteram a dispozițiilor legale indicate, neexistând motive de modificare a acestui criteriu stabilit de entitatea contractantă.

C. Referitor la cerința *"experiență internațională"* aceasta arată că nu înțelege motivul pentru care contestatoarea pretinde că această condiție este una restrictivă câtă vreme ... este, evident, un aeroport *internațional*, iar însăși contestatoarea deține această experiență având în vedere că încă din anul 2010 exploatează spațiile unui aeroport internațional (...) și oferă consultanță. Acest capăt al cererii sale face din nou dovada relei sale credințe, în demersul său de a bloca prezenta procedură.

Totodată, arată că, criteriile de eligibilitate prevăzute în caietul de sarcini aferent documentației de atribuire a contractului au avut în vedere intenția entității contractante de a beneficia de experiența în acordarea de consultanță în atribuirea de spații comerciale dedicate

sectorului călătoriilor, respectiv din aeroporturi internaționale, având în vedere că aceste zone se supun unor reglementări specifice, deținând caracteristici distincte (trafic/tipul pasagerilor, fluxuri speciale etc.) față de alte zone comerciale standard. Sectorul aeroportuar este unul ce implică respectarea unor proceduri și reguli specifice, aplicabile inclusiv în domeniul comercial, procedurile de atribuire a spațiilor ce vor fi derulate de către entitatea contractantă, nefiind simple proceduri de închiriere/alocare de spații din domeniul real estate.

Rezultă în consecință necesitatea corelării de către viitorul consultant a tuturor aspectelor legate de domeniul specific aeroportuar (în speță aeroport internațional), în vederea elaborării de către acesta a unor documentații cât mai relevante pentru obținerea de către ... a unor rezultate optime în ceea ce privește exploatarea spațiilor comerciale, consultantul trebuind să dețină experiența de a acorda consultanță pentru o suprafață de o asemenea anvergură, în care se vor presta/oferi game variate de servicii/produse, specifice unei zone comerciale din aeroporturi internaționale.

Concluzionând, apreciază că această cerință pe care contestatoarea vizează să o regăsească în profilul ofertantului câștigător nu poate fi nicidecum interpretată ca restrictivă sau lipsită de legitimitate.

D. Interdicția pe care contestatoarea dorește să o instituie asupra tuturor societăților/operatorilor economici care activează pe piața serviciilor de alimentație publică/travel retail și operează spații comerciale cu aceste destinații pe alte aeroporturi internaționale reprezintă o altă încercare de a bloca procedura, prin restrângerea și împiedicarea concurenței, o astfel de solicitare neputând fi acceptată întrucât este contrară principiului efectivității aplicării normelor de concurență, asigurării unei concurențe loiale, cu respectarea uzanțelor cinstite și a principiului general al bune-credințe, în interesul celor implicați.

Entitatea contractantă susține că excluderea tuturor operatorilor economici care activează pe aeroporturile internaționale la nivel mondial și care operează spații comerciale ar avea ca și rezultat reducerea drastică a numărului de ofertanți care pot participa la o asemenea procedură de achiziție publică (restrângerea concurenței), fiind asimilată unei practice anticoncurențiale.

Concluzionând, apreciază contestația formulată de ... ca un act artificial ce urmărește blocarea procedurii de achiziție, contestatoarea neavând niciun fundament real și legitim în formularea unei astfel de acțiuni.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. ... din data de ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... din data de ..., ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de achiziție sectorială în cauză, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Intervenienta prezintă motivele pentru admisibilitatea în principiu a cereri de intervenție.

Pe fond, arată că, în esență, contestația este vădit neîntemeiată, ... nu dezvăluie cauza pentru care entitatea contractantă i-a restricționat accesul în licitație.

În continuare, arată următoarele:

1.- Cererile de anulare a procedurii și de extindere a restricției sunt inadmisibile

Susține că cererea principală a contestatoarei de anulare a procedurii este inadmisibilă în condițiile în care procedura de atribuire nu se regăsește în situația-premisă prevăzută în art. 62 alin. (2) din HG nr. 394/2016.

De asemenea susține că temeiul de anulare a procedurii invocat de contestatoare este incident în mod exclusiv doar în ipoteza modificării documentației de atribuire ulterior publicării anunțului de participare.

Subliniază faptul că modificarea documentației de atribuire nu poate fi efectuată de Consiliu, neexistând competențe legale prevăzute în acest sens, Consiliu poate doar să constate dacă un act al entității contractante este legal sau nu și poate obliga la luarea măsurilor de remediere necesare restabilirii caracterului legal, dar, sub nicio formă, nu poate modifica documentația de atribuire și eventual verifica în ce măsură modificarea este substanțială sau nu și/sau încalcă limitele permise de lege modificărilor

Din această cauză, susține că inadmisibil este și capătul de cerere referitor la extinderea restricției concurenților ..., Consiliu neputând introduce cerințe sau interdicții în cuprinsul documentației de atribuire și nefiind nici în măsură să stabilească în locul ... (pe criterii de oportunitate) dacă este necesară și adecvată scopului urmărit al achiziției restricționarea accesului anumitor operatori.

Menționează că nu poate fi luată în discuție nicio eventuală anulabilitate ipotetică, viitoare, în sensul în care Consiliu ar putea simula efectele modificării documentației de atribuire solicitate prin contestație și ar concluzia că aceasta este substanțială și depășește limitele permise. O asemenea abordare este incompatibilă cu prevederile legale deoarece Consiliul nu poate să verifice și nu se poate pronunța decât asupra legalității modificărilor dispuse de entitățile contractante, nu și asupra unora ipotetice.

2. - ... ascunde cauza reală care a stat la baza restricției. În realitate, restricția este determinată de punerea în aplicare a măsurilor dispuse de Consiliului Concurenței.

Cu privire la contractul încheiat între ... și ..., investigația Consiliului Concurenței a identificat riscul ca: pasagerii să plătească preturi mai mari pentru serviciile oferite de ... sau să beneficieze de o gamă mai puțin variată de produse.

Față de concluziile de mai sus, Consiliul Concurenței a evaluat o serie de angajamente structurale și comportamentale propuse de părțile investigate. În mod specific, pentru a înlătura îngrijorările concurențiale privitoare la modalitatea de organizare a viitoarelor proceduri de atribuire, a fost acceptat un angajament propus de ... instituind o interdicție în sarcina Contestatoarei de a participa la asemenea proceduri în calitate de consultant: *„Dnata, ..., precum și întreprinderile care fac parte din grupul cunoscut al acestora, nu sunt și nu vor fi implicate în nicio formă în procesul de redactare a documentației de atribuire și de pregătire a noilor proceduri de atribuire a spațiilor din interiorul ... (inclusiv, dar fără a se limita la activitatea de colectare a informațiilor cu privire la modul de exploatare a spațiilor, nici la oferirea de know-how cu privire la administrarea optimă a spațiilor și la gama de bunuri și servicii necesară etc.).”*

Precizează că motivația impunerii acestui angajament rezultă cu claritate din cuprinsul Deciziei Consiliului Concurenței. Mai mult decât atât, ... are obligația de a elabora și transmite proiectul întregii proceduri ce va fi utilizată, urmărind ca aceasta să fie transparentă și competitivă.

Intervenienta arată că angajamentul în cauză a dobândit forță obligatorie prin emiterea Deciziei nr. 69/06.10.2021, în temeiul punctului 37 din Instrucțiunile din 2010 privind condițiile, termenele și procedura pentru acceptarea și evaluarea angajamentelor, în cazul practicilor anticoncurențiale (*„Instrucțiunile”*): *„Atunci când constată că angajamentele propuse sunt suficiente pentru protecția concurenței și că îndeplinirea lor poate conduce, în mod credibil, la înlăturarea situației oare a determinat declanșarea investigației, Consiliul Concurenței va emite o decizie prin care conferă forță obligatorie angajamentelor propuse de întreprinderi.”*

3. - Restricția reprezintă o măsură esențială pentru atingerea obiectivelor stabilite de Consiliul Concurenței

Intervenienta arată că excluderea contestatoarei din etapa redactării documentației reprezintă o măsură necesară și eficientă pentru asigurarea unui mediu concurențial normal.

Mai mult, contrar susținerilor contestatoarei, excluderea în cauză urmărește tocmai asigurarea derulării unei proceduri de atribuire nediscriminatorii, cu respectarea principiului egalității de tratament.

În primul rând, Consiliul Concurenței a identificat, urmare investigației derulate, probleme concurențiale decurgând din executarea contractului de asociere în participațiune încheiat de contestatoare cu ..., constând în riscul ca pasagerii pe ... să beneficieze de o gamă mai redusă de produse, ori de preturi mai mari pentru produsele oferite de Contestatoare.

În al doilea rând, prin emiterea unei decizii de acceptare a angajamentelor, autoritatea de concurență urmărește obiective precum asigurarea respectării regulilor de concurență, împiedicarea posibilității

repetării unor astfel de practici anticoncurențiale și îmbunătățirea mediului concurențial. Or, excluderea contestatoarei din etapa redactării documentației este menită să adreseze îngrijorările concurențiale care au determinat inițierea investigației, precum și să asigure organizarea unei proceduri de atribuire în care contestatoarea nu își folosește poziția pentru a influența rezultatul procedurii. Această măsură fiind sigura aptă să conducă la eliminarea riscurilor de distorsionare a concurenței.

În al treilea rând, necesitatea impunerii angajamentului cu privire la posibilitatea participării Dnata și contestatoare în calitate de consultanți la procedura de atribuire a fost evidențiată și de participanții pe piață, în contextul testului de piață organizat de Consiliul Concurenței.

Concluzionând, susține că excluderea Contestatoarei din etapa redactării documentației în cadrul procedurii de atribuire reprezintă o măsură esențială în vederea înlăturării problemelor concurențiale identificate în cadrul investigației Consiliului Concurenței și asigurării unei proceduri transparente, eficiente și nediscriminatorii.

4. Imposibilitatea contestării restricției în cadrul prezentei proceduri. Restricția trebuia contestată potrivit legii concurenței

Reiterează că decizia de a exclude contestatoarea de la etapa redactării documentației în cadrul procedurii de atribuire reflectă angajamentul asumat de ... și acceptat de Consiliul Concurenței prin Decizia nr. 69/06.10.2021.

Astfel, subliniază faptul că autoarea contestației avea deschisă calea de atac prevăzută de Legea concurenței, cu privire la natura și întinderea angajamentelor evaluate și acceptate de către Consiliul Concurenței, incluzând angajamentul privind interdicția de a participa la procedură, însă nu a contestat în instanță Decizia nr. 69/06.10.2021, aceasta rămânând definitivă prin neapelare.

Prin urmare, contestatoarea nu poate reclama nelegalitatea angajamentelor în cadrul prezentei proceduri fără a aduce atingere caracterului definitiv și obligatoriu al deciziei Consiliului Concurenței, stabilit conform legii, precum și eficienței măsurilor menite să asigure restabilirea rapidă și durabilă a mediului concurențial normal.

5. - Nu există nicio discriminare. Ceilalți operatori care prestează servicii similare în alte aeroporturi nu au format obiectul investigației și măsurilor dispuse de Consiliul Concurenței

Arată că nu pot fi considerate valide argumente care sunt bazate pe speculații sau pe ipoteze ce presupun încălcarea legii.

Susține că autoarea contestației omite împrejurarea esențială potrivit căreia excluderea din procedură nu urmărește nici defavorizarea sa nejustificată, nici favorizarea concurenților săi. Din contră, excluderea are drept scop respectarea angajamentului asumat de ... prin Decizia nr. 69/06.10.2021, angajament menit să asigure organizarea unei proceduri competitive, transparente și nediscriminatorii.

6.- În orice caz, excluderea contestatoarei de la procedură decurge și din lege

Intervenienta arată că excluderea contestatoarei din procedura de atribuire rezultă și din prevederile legale incidente în materia achizițiilor sectoriale, respectiv art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea 99/2016.

... se regăsește în ipoteza reglementată de lege. Astfel, Consiliul Concurenței, autoritate administrativă autonomă potrivit art. 3 din Legea concurenței, a declanșat o investigație având ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, și ale art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene de către ..., Dnata și ... prin încheierea contractelor de asociere în participațiune, precum și prin modul în care aceste contracte sunt puse în practică în vederea exploatării spațiilor comerciale din incinta

7. Anularea procedurii nu este justificată nici prin raportare la celelalte preținse neconformități

Referitor la neconformitățile documentației vizate de contestatoare, intervenienta arată că acestea puteau fi ușor înlăturate prin intermediul solicitărilor de clarificare, nefiind justificat demersul de a formula contestație.

Arată că prima dintre aceste neconformități prezentate este chiar banală și se referă la o grupare ușor diferită a anumitor cerințe de calificare în anunțul de participare și Fișa de date. Nu există nicio diferență concretă între cerințele propriu-zise, sens în care niciun operator nu poate pretinde că nu înțelege ce anume i se cere, critica apărând, așadar, ca fiind pur formală și exagerată.

O a doua neconformitate vizată este, de fapt, o critică împotriva cerinței de calificare referitoare la experiența similară, contestatoarea criticând faptul că aceasta ar fi restrictivă și discriminatorie deoarece este cerută ca experiența să fie internațională și astfel cerința ar favoriza operatorii economici străini.

Susține că autoarea contestației nu arată nici în ce ar consta favorizarea operatorilor străini, iar eventuala incapacitate proprie de a îndeplini această cerință nu reprezintă motiv de anulare a cerinței, cu atât mai mult cu cât legislația achizițiilor publice permite includerea în ofertă a terților susținători tocmai în astfel de situații.

Apreciază că cerința este legală, proporțională cu obiectivul urmărit, adecvată și vădit justificată față de necesitatea entității contractante de a se asigura că obține servicii de consultanță de la operatori cu experiență reală, concretă și relevantă.

O a treia neconformitate a documentației de atribuire invocată de contestatoare privește punctul IV.4.2 din Fișa de date și situația în care mai multe oferte sunt clasate pe primul loc.

În opinia sa acest aspectul putea fi remediat pe calea formulării unor solicitări de clarificare și nu pe calea formulării unei contestații. În realitate, *"în lipsa identificării unor motive reale de contestare, ..., în*

încercarea de a anula Procedura cu orice preț sau de a o tergiversa, se leagă de orice aspecte și își exercită în mod abuziv dreptul de contesta, chiar cu riscul pierderii cauțiunii”.

Prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ..., a transmis documentul „Concluzii scrise”, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În continuare sumarizează o serie de aspecte esențiale pentru a evidenția temeinicia demersului introductiv.

Arată că entitatea contractantă a impus o documentație de atribuire prin care se instituie o interdicție expresă de participare a ... (nominalizată în mod direct în cuprinsul documentației de atribuire) la procedura de atribuire. Aceasta încalcă în mod vădit, direct, jurisprudența unională exact asupra acestui subiect.

Dacă Tribunalul Uniunii Europene și Curtea de Justiție a Uniunii au arătat pe larg că inclusiv realizarea unei documentații de atribuire în conlucrare cu un ofertant nu duce la interdicția sa de a participa în procedura respectivă, entitatea contractantă susține exact contrariul și anume că existența unei conlucrări între entitate și un operator economic interesat ar duce la o interdicție a acestuia de a participa la procedura organizată de acea autoritate. Acest raționament este contrar legii, fiind suficientă observarea dezlegărilor din spețele *Evropaïki Dynamiki c/a Comisiei Comunităților Europene* (T-345/03) sau cauza *Fabricom S.A. c/a Regatului Belgiei* (C-21/03 și C-34/03).

Chiar trecând *arguendo* peste acest aspect, orice documentație de atribuire care interzice *ab initio* unui anume operator economic individual să participe la procedură cade sub prezumția de încălcare a principiului nediscriminării. Negarea cu titlu individual, particular, a participării unei anume companii prin documentația de atribuire nu este permisă pentru că nu poate avea la baza un act legislativ.

Apreciază că în cazul în care, în ciuda celor expuse, s-ar constata că interdicția aplicată ..., ar respecta dispozițiile legale, aplicarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal impune ca interdicția să fie aplicată nu doar ..., ci și altor operatori economici care desfășoară activități similare, de exploatare a spațiilor comerciale pe aeroporturile internaționale.

În oricare caz, ar fi necesară modificarea documentației de atribuire în ceea ce privește interdicția de participare, iar o astfel de modificare afectează nivelul de concurență în legătură cu atribuirea contractului, fiind astfel necesară anularea procedurii de atribuire și reluarea acesteia cu respectarea dispozițiilor legale.

Consiliul constată că societatea ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de CEC Bank – Sucursala ... în data de ..., stabilită potrivit art. 61¹

alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de ... lei.

Preliminar, Consiliul reține că, în prezenta cauză ... SRL a formulat o cerere de intervenție voluntară, cu respectarea termenului precizat la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [10 zile de la data publicării în SEAP a contestației].

Privitor la cererea de intervenție voluntară depusă de ... SRL, văzând că această societate a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, fiind un operator economic interesat să participe la procedura de atribuire [art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare], în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție voluntară accesorie a acesteia, și dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a societății ... SRL.

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

Procedura simplificată, desfășurată în conformitate cu art. 126 și următoarele din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție sectorială fiind online, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție sectorială de prestare de servicii, având ca obiect *„Servicii de consultanță și asistență pe tot parcursul derulării procedurilor de atribuire a spațiilor comerciale pentru profilele alimentație publică și travel retail din cadrul ..., până la semnarea viitoarelor contracte, incluzând elaborarea cerințelor specifice și a proiectelor de contract”*, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat având codul de identificare ... din data de ..., stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ... ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată a contractului fiind de ... EUR, fără TVA (... , fără TVA).

Analizând cuprinsul contestației, Consiliul reține că ... formulează critici împotriva conținutului documentației de atribuire.

Nemulțumită fiind de prevederile documentației de atribuire, ... a depus contestația în analiză, solicitând obligarea entității contractante la modificarea instrucțiunilor către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date” precum și a anunțului de participare simplificat.

Consiliul constată că aceasta aduce 6 critici după cum urmează:
în principal:

1. - anularea procedurii de achiziție sectorială, în conformitate cu prevederile art. 62 alin. (2) din Normele metodologice;

în subsidiar:

2. (a) eliminarea cerinței nr. 3 de la punctul III.1.1.a) din fișa de date, respectiv la punctul III.1.1) din anunțul de participare, conform

căreia „Ofertanții / ofertanții asociați / subcontractanții propuși / terții susținători nu trebuie să se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ...pentru profilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L.”, iar dacă o astfel de eliminare nu este posibilă,

3. (b) extinderea interdicției cuprinse la cerința nr. 3 de la punctul III.1.1.a) din fișa de date, respectiv la punctul III.1.1) din anunțul de participare la toți operatorii economici care activează pe piața serviciilor de alimentație publică/travel retail și operează spații comerciale cu aceste destinații pe alte aeroporturi internaționale (concurenți ai ...),

4. (c) remedierea neconcordanțelor existente între punctul III.1.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date și punctul III.1.1) din anunțul de participare,

5. (d) modificarea cerinței nr. 1 de la punctul III.1.3.a) din fișa de date, în sensul eliminării cuvântului "internațională" din sintagma "experiență internațională" și

6. (e) înlocuirea precizării "În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu prețul cel mai scăzut." de la punctul IV.4.2 din fișa de date cu "În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, cu punctaje egale, departajarea se va face având în vedere punctajul obținut la factorii de evaluare, în ordinea descrescătoare a ponderilor acestora. În situația în care egalitatea se menține, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică."

Referitor la critica privind anularea procedurii de achiziție sectorială, în conformitate cu prevederile art. 62 alin. (2) din Normele metodologice, văzând susținerile autoarei contestației, Consiliul reține faptul că aceasta nu indică actele entității contractante emise cu încălcarea prevederilor legale aplicabile domeniului achizițiilor sectoriale și nu arată care sunt motivele de fapt și de drept pentru care consideră nelegală activitatea entității contractante și pentru care Consiliul ar trebui să decidă anularea întregii proceduri de achiziție sectorială, aceasta putând continua cu remedierea eventualelor neconformități, mai ales că procedura de achiziție sectorială este suspendată, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, până la soluționarea contestației.

Referitor la critica (a) privind eliminarea cerinței nr. 3 de la punctul III.1.1.a) din instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, respectiv la punctul III.1.1) din anunțului de participare simplificat, conform căreia „Ofertanții / ofertanții asociați / subcontractanții propuși / terții susținători nu trebuie să se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ...pentru profilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L.”, Consiliul reține că la dosarul cauzei, entitatea contractantă a

depus Decizia Consiliul Concurenței nr. 69 din data de 06.10.2021, de acceptare a angajamentelor propuse de către ... SA, ... și ... în urma investigației ce a avut ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, republicată, și ale art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene de către ..., ... SA și ... prin încheierea contractelor de asociere în participațiune nr. 527/C/27.10.2010 și 528/C/27.10.2010, precum și prin modul în care aceste contracte sunt puse în practică în vederea exploatării spațiilor comerciale din incinta ..., potrivit căreia (art. 187) *Dnata, ..., precum și întreprinderile care fac parte din grupul cunoscut al acestora, nu sunt și nu vor fi implicate în nici o formă în procesul de redactare a documentației de atribuire și de pregătire noilor proceduri de atribuire a spațiilor comerciale din interiorul ... (inclusiv, dar fără a se limita la activitatea de colectare a informațiilor cu privire la modul de exploatare a spațiilor, nici la oferirea de know-how cu privire la administrarea optimă a spațiilor și la gama de bunuri și servicii necesară etc);*

De asemenea, Consiliul constată că prin Decizia Consiliului Concurenței nr. 69 din data de 06.10.2021 ... (art. 187) va avea obligația să țină cont de recomandările Consiliului Concurenței privind acest subiect. (s.n.) Va elabora și va transmite spre informare către Consiliul Concurenței proiectul întregii proceduri ce va fi utilizată, urmărind ca aceasta să fie transparentă, competitivă, în sprijinul satisfacerii nevoilor specifice ale pasagerilor, în acord cu bunele practici din acest domeniu de la momentul de referință și, bineînțeles, cu legislația aplicabilă;

Astfel, restricția criticată, impusă de către entitatea contractantă în documentația de atribuire urmărește în mod expres restabilirea unui mediu concurențial normal, asigurând organizarea unei proceduri de achiziție sectorială competitive și nediscriminatorii.

Consiliul va reține în soluționare susținerile entității contractante potrivit cărora Consultantul nu poate avea atât calitatea de consultant cât și calitatea de ofertant (în procedura viitoare de exploatare a spațiilor) în scopul evitării/denaturării concurenței, al asigurării transparenței procedurii de atribuire a spațiilor și a tratamentului egal tuturor candidaților și ofertanților. În caz contrar, în mod direct sau indirect, consultantul ar putea influența rezultatul procedurii în sensul de a obține pentru acesta un interes financiar economic ce ar fi perceput ca element care compromite imparțialitatea sau independența în contextul procedurii de achiziție sectorială.

În concluzie, Consiliul constată că cerința este necesar a fi păstrată, astfel că va respinge, ca nefondată, această critică.

Referitor la critica (b) vizând extinderea interdicției cuprinse la cerința nr. 3 de la punctul III.1.1.a) din fișa de date, respectiv la punctul III.1.1) din anunțul de participare la toți operatorii economici care activează pe piața serviciilor de alimentație publică/travel retail și

operează spații comerciale cu aceste destinații pe alte aeroporturi internaționale (concurenți ai ...), Consiliul o va respinge ca nefondată, deoarece premisa de la care pornește contestatoarea în critica sa nu este aceeași cu cea în care ea se află. Astfel, interdicția participării la prezenta procedură pentru orice operator economic care activează pe piața serviciilor de alimentație publică/travel retail și operează spații comerciale cu aceste destinații în alte aeroporturi internaționale, și care nu se află în situația de fapt și de drept care a condus la emiterea Deciziei Consiliului Concurenței nr. 69 din data de 06.10.2021, reprezintă o restrângere a concurenței, nepermisă de legislația specifică domeniului.

Referitor la critica (c) vizând remedierea neconcordanțelor existente între punctul III.1.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date și punctul III.1.1) din anunțul de participare simplificat, Consiliul reține că, prin instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la *Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, capitolul III.1) CONDIȚII DE PARTICIPARE:*, punctul *III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului*, s-au solicitat, printre altele, următoarele:

III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului

[...]

Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016.

[...]

Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 73 conform L99/2016.

[...]

În cazul în care ofertantul/ ofertantul asociat/ terțul susținător/ subcontractantul se încadrează în situațiile prevăzute la art. 73 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale va declara acest lucru.

[...]

Ofertanții / ofertanții asociați / subcontractanții propuși / terții susținători nu trebuie să se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ... pentru profilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L.

De asemenea, prin instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la *Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, capitolul III.1) CONDIȚII DE PARTICIPARE:*, punctul *III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, s-au solicitat, printre altele, următoarele:

III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale

[...]

Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, ca nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

În anunțul de participare simplificat având codul de identificare ... din data de ..., publicat în SEAP de entitatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție sectorială în cauză, la Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, capitolul III.1) Condiții de participare, punctul III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale, s-au menționat, printre altele, următoarele:

III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale

Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016.

[...]

Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 73 conform L99/2016.

[...]

În cazul în care ofertantul/ ofertantul asociat/ terțul susținător/ subcontractantul se încadrează în situațiile prevăzute la art. 73 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale va declara acest lucru.

[...]

Ofertanții / ofertanții asociați / subcontractanții propuși / terții susținători nu trebuie să se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ...pentru profilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L.

[...]

Ofertanții / ofertanții asociați / subcontractanții propuși / terții susținători nu trebuie să se regăsească printre societățile care fac parte din grupul celor doi asociați actuali ai ...pentru profilele alimentație publică și retail, respectiv ... S.R.L. și ... S.R.L.

[...]

Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă ca operatorul economic este legal constituit, că nu se afla în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Consiliul reține că structura, conținutul și modul de utilizare a Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție sectorială de produse, precum și modalitatea de completare a anunțului de

participare simplificat, au fost aprobate prin Ordinul președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1017/2019.

Potrivit Anexei nr. 2 la Ordinul nr. 1017/2019, anunțul de participare simplificat are următoarea structură:

Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice

III.1) Condiții de participare

III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale

III.1.1.a) Situația personală a candidatului/ofertantului:

III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale:

Consiliul constată că în secțiunea publică a SEAP, în cadrul anunțului de participare simplificat având codul de identificare ..., secțiunea a III-a este structurată astfel:

Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice

III.1) Condiții de participare

III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale:

lipsind punctele III.1.1.a) și III.1.1.b).

Consiliul reține că structura și conținutul anunțului de atribuire simplificat sunt diferite de cele prevăzute în cadrul instrucțiunilor pentru candidați/ofertanți din Anexa nr. 1 la Ordinul nr. 1017/2019, astfel încât entitatea contractantă a fost ținută să respecte formatul anunțului de participare simplificat, aflat în Sistemul electronic de achiziții publice – SEAP, definit ca fiind sistemul informatic de utilitate publică, accesibil prin internet la o adresă dedicată, utilizat în scopul aplicării prin mijloace electronice a procedurilor de atribuire și în scopul publicării anunțurilor la nivel național.

Consiliul constată că informațiile menționate mai sus în instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date” sunt identice cu cele din anunțului de participare simplificat, astfel încât va respinge critica în discuție ca fiind nefondată.

Referitor la critica (d) vizând modificarea cerinței nr. 1 de la punctul III.1.3.a) din instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, în sensul eliminării cuvântului "internațională" din sintagma "experiență internațională", motivat de faptul că favorizează operatorii economici străini, a căror experiență este în mod natural internațională, în detrimentul operatorilor români.

În ceea ce privește această chestiune, Consiliul reține incidența următoarelor dispoziții legale:

- art. 35 alin. (1) din Normele metodologice:

(1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de

îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

- art. 37 alin. (1) și (2) din Normele metodologice:

(1) Entitatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

(2) Entitatea contractantă are dreptul de a impune ca cerință minimă de calificare, în raport cu situația economică și financiară a ofertanților/candidaților, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului sectorial/acordului-cadru.

De asemenea, relevante sunt și următoarele prevederi din Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, în vigoare la data inițierii procedurii:

Art. 1. - Autoritatea/Entitatea contractantă are dreptul de a solicita, atât prin anunțul de participare/de participare simplificat, cât și prin documentația de atribuire, ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru să facă dovada capacității sale tehnice și profesionale referitoare la experiența în implementarea unui/unor contract/contracte similar/similare atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce se atribuie prin respectiva procedură.

Art. 2. - (1) Autoritatea/Entitatea contractantă stabilește cerințele minime de calificare și selecție precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporționalității, cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

(2) La stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție, autoritățile/entitățile contractante vor ține cont de aspecte precum: complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a fi

încheiat, fără a se impune îndeplinirea unor condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu scopul menționat la alin. (1).

Analizând cerința de calificare raportat la normele legale arătate mai înainte, Consiliul stabilește că noțiunea de „internațională” din sintagma „experiență internațională” conduce la o restrângere a concurenței și nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului ce va fi atribuit, fiind și disproporționată în funcție de acesta.

Astfel din explicațiile entității contractante rezultă că experiența similară vizează executarea de prestații similare, de o anumită anvergură, în aeroporturi internaționale, ceea ce este și înscris în textul cerinței regăsită în instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”. Însă, deși aceste trimiteri sunt suficiente pentru realizarea scopului impunerii cerinței privind experiența similară, entitatea contractantă a ales să suplimenteze cerința cu sintagma „experiență internațională”, fără a demonstra și de ce numai un operator economic cu o astfel de prestație „internațională” este apt în executarea corespunzătoare a prezentei achiziții sectoriale, atât din punct de vedere calitativ, dar și cantitativ.

Așadar, Consiliul retine că textul cerinței din instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, în lipsa noțiunii de „internațională” din sintagma „experiență internațională” corespunde întocmai justificării adusă de achizitoare prin punctul său de vedere la contestație.

Drept urmare, constatând că se impune eliminarea termenului de „internațională” din sintagma „experiență internațională”, din descrierea cerinței de calificare vizând experiența similară, Consiliul va obliga entitatea contractantă la această remediere, nevoia sa reală, așa cum este înscrisă în punctul de vedere la contestație, fiind reflectată în mod clar și transparent prin textul cerinței din instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, așa cum va apărea modificat ca urmare a prezentei decizii.

Referitor la critica (e) vizând înlocuirea precizării "În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu prețul cel mai scăzut." de la punctul IV.4.2 din fișa de date cu "În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, cu punctaje egale, departajarea se va face având în vedere punctajul obținut la factorii de evaluare, în ordinea descrescătoare a ponderilor acestora. În situația în care egalitatea se menține, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică.", Consiliul reține următoarele:

Analizând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, în instrucțiunile către ofertanți/candidați intitulate generic „fișa de date”, parte a documentației de atribuire, la *Secțiunea IV Procedura*, capitolul *IV.4 Prezentarea ofertei*, punctul *IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare*, s-au menționat, printre altele, următoarele:

În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu prețul cel mai scăzut.

Consiliul constată că această precizare este similară prevederilor art. 144 alin. (1)-(2) din Normele metodologice, aplicabilă criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut" potrivit căroră:

Art. 144. - (1) În cazul în care criteriul utilizat este "prețul cel mai scăzut", clasamentul ofertelor se stabilește prin ordonarea crescătoare a prețurilor respective, oferta câștigătoare fiind cea de pe primul loc.

(2) În cazul în care două sau mai multe oferte sunt situate pe primul loc, entitatea contractantă solicită ofertanților o nouă propunere financiară, iar contractul va fi atribuit ofertantului a cărui nouă propunere financiară are prețul cel mai scăzut.

Având în vedere că în cazul prezentei proceduri, criteriul de atribuire este "cel mai bun raport calitate-preț", precizarea din documentația de atribuire ar trebui pliată pe dispozițiile art. 145 alin. (3) din Normele metodologice potrivit căroră:

Art. 145. - (1) În cazul în care atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru se face pe baza criteriului "cel mai bun raport calitate-preț" sau "cel mai bun raport calitate-cost", evaluarea ofertelor se realizează prin acordarea, pentru fiecare ofertă în parte, a unui punctaj rezultat ca urmare a aplicării algoritmului de calcul stabilit în documentația de atribuire.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1) se stabilește clasamentul ofertelor prin ordonarea descrescătoare a punctajelor respective, oferta câștigătoare fiind cea de pe primul loc.

(3) În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, cu punctaje egale, departajarea se va face având în vedere punctajul obținut la factorii de evaluare, în ordinea descrescătoare a ponderilor acestora. În situația în care egalitatea se menține, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică.

În concluzie, Consiliul va admite critica în discuție și va obliga entitatea achizitoare la înlocuirea precizării de la punctul *IV.4.2* cu următoarea precizare: *În cazul în care două sau mai multe oferte sunt clasate pe primul loc, cu punctaje egale, departajarea se va face având în vedere punctajul obținut la factorii de evaluare, în ordinea descrescătoare a ponderilor acestora. În situația în care egalitatea se menține, entitatea contractantă are dreptul să solicite noi propuneri*

financiare și oferta câștigătoare va fi desemnată cea cu propunerea financiară cea mai mică.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) 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 urmează să admită contestația depusă de ..., în contradictoriu cu

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare coroborat cu art. 227 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va obliga entitatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să modifice documentația de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, prin emiterea unui nou anunț de tip erată, conform prevederilor art. 55 din Normele metodologice.

Consiliul va obliga entitatea contractantă să coreleze și să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor în funcție de complexitatea contractului de achiziție sectorială și de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției potrivit art. 162 și următoarele din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Față de cele stabilite mai sus cu ocazia soluționării contestației formulate de ..., Consiliul va respinge cererea de intervenție voluntară depusă de ... SRL.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să modifice documentația de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, prin emiterea unui nou anunț de tip erată, conform prevederilor art. 55 din Normele metodologice.

Obligă entitatea contractantă să coreleze și să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor în funcție de complexitatea contractului de achiziție sectorială și de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției potrivit art. 162 și următoarele din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Respinge cererea de intervenție voluntară depusă de ... SRL în ceea ce privește contestația formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 26 (douăzeci și cinci) pagini.