



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 înregistrată la CNSC cu nr., depusă de către S.R.L., cu sediul în, str., ..., înmatriculată la ONRC sub nr., având CUI, reprezentată legal prin Administrator și convențional prin, Avocat, privind procedura de licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect: „Servicii de curățenie, salubritate și colectare selectivă în spațiile aferente terminalelor de pasageri și curățenie stradală, la punctul de lucru AIBB – AV”, în referire la Lotul 1 - „Servicii de curățenie, salubritate și colectare selectivă în spațiile aferente terminalelor de pasageri - zone publice și restricționate: Sali publice, grupuri sanitare, birouri, alte spații (filter, ghișee, depozite, magazine, spații tehnice, ateliere, vestiare, trotuare/peroane, porți îmbarcare, etc.)”, de către de către SA, cu sediul în, ..., jud., în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei SAch nr.1382/10.06.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii nr. 6.12/18.05.2021 sau SAch nr. 1380/10.06.2021 și a tuturor actelor subsecvente sau anterioare care au stat la baza întocmirii acestuia, inclusiv a Procesul-verbal nr. 6.6/10.03.2021, a Procesului-verbal de evaluare nr. 8.5/24.02.2021 și a comunicării rezultatului procedurii de atribuire către Asocieria formată din SRL și SRL;

- obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reluarea procesului de analiza a ofertelor depuse și declararea ofertei depusă de SRL ca fiind admisibilă, iar după compararea ofertelor financiare încărcate în SICAP, declararea

oferta ca fiind câștigătoare, având în vedere că oferta sa financiară în suma de 2.873.716,96 EURO (exclusiv TVA) este mai mică decât oferta declarată câștigătoare în suma de 2.879.746,76 EURO (exclusiv TVA).

Cu adresa nr., înregistrată la CNSC cu nr., ... SRL, Lider al Asocierii SRL și SRL, cu sediul în str., ... înregistrată la Registrul Comerțului cu nr., având cod de identificare fiscală RO ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de Administrator și convențional prin Societatea Civilă Profesională de Avocați „.....”, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la Societatea Civilă Profesională de Avocați „.....” din, Str., în calitate ofertant clasat pe primul loc în clasament, potrivit Comunicării SAch Nr. 1381/10.06.2021, a formulat „cerere de intervenție voluntară”, în temeiul prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 64 și art. 66 din Codul de Procedură Civilă, prin care a solicitat admiterea cererii și respingerea contestației formulată de SRL, ca fiind nefondată.

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, să soluționeze contestația de față, prin care S.R.L. reclamă rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 6.12/18.05.2021, comunicat prin adresa SAch nr.1382/10.06.2021, în referire la lotul 1, considerându-l nelegal.

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că societatea sa a depus ofertă în cadrul procedurii, în SEAP, pentru Lotul 1 - „Servicii de curățenie, salubritate și colectare selectivă în spațiile aferente terminalelor de pasageri - zone publice și restricționate: Săli publice, grupuri sanitare, birouri, alte spații (filter, ghișee, depozite, magazine, spații tehnice, ateliere, vestiare, trotuare/peroane, porți îmbarcare, etc), inclusiv transportul, eliminarea/neutralizarea/valorificare deșeurilor menajere/ reciclabile/periculoase, etc.”

Astfel, contestatorul menționează faptul că, în urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, comisia de evaluare a declarat oferta sa ca inacceptabilă/neconformă/neadecvată și a exclus-o din procedură, în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016, motivat de faptul că s-ar fi identificat un potențial conflict de interese.

De asemenea, contestatorul învederează faptul că, comisia de evaluare a declarat ca fiind câștigătoare oferta depusă de Asocieria formată din SRL-..... SRL pentru un Preț ofertat (Euro fără TVA) de 2.879.746,76.

În ceea ce privește interesul și vătămarea sa, contestatorul precizează că oferta financiară depusă și încărcată în SICAP este în sumă de 2.873.716,96 EURO (exclusiv TVA), fiind mai mică decât cea declarată câștigătoare, ceea ce conduce la concluzia că ar fi fost declarată câștigătoare în cadrul procedurii de achiziție dacă nu ar fi exclusă în mod nelegal de către autoritatea contractantă.

Astfel, contestatorul susține că sunt pe deplin îndeplinite condițiile prevăzute de art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, respectiv:

-Pct. (i) are un interes în promovarea contestației, având șanse mari să câștige licitația datorită ofertei financiare încărcată în SICAP cu preț mai mic decât cea declarată ca fiind câștigătoare,

-Pct. (ii) riscă să sufere prejudiciul de a pierde procedura de achiziție și de a nu semna contractual de achiziție, deși are prețul cel mai bun, din cauza excluderii nelegale decisă de autoritatea contractantă prin actele a căror anulare este solicitată prin contestația în cauză.

Referitor la motivarea deciziei comisiei de evaluare privind excluderea ofertei, „... considerăm că a fost indentificată o situație potențială de conflict de interese privind ofertantul SRL, orice decizie la nivelul organului de conducere al Ofertantului (și al subcontractantului declarant) fiind luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractanta este acționar semnificativ, astfel că entitatea contractantă trebuie să facă aplicarea dispozițiilor art. 75 alin. (3) coroborate cu dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea 99/2016”, contestatorul apreciază această decizie de excludere, pentru motivul că orice decizie la nivelul organului de conducere al Ofertantului (și al subcontractantului declarant) este luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ, ca fiind nelegală și neîntemeiată și, pe cale de consecință, „trebuie anulată”, pentru următoarele două motive:

1) Autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 75 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale

2) Autoritatea contractanta a aplicat în mod greșit dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016, deoarece, contestatorul nu se afla în niciuna dintre situațiile descrise ca fiind potențial generatoare de conflict de interese conform dispozițiilor art. 72 și art. 73 din Legea 99/2016 și ale 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.

1) Referitor la primul motiv de nelegalitate privind încălcarea dispozițiilor art. 75 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016:

Cu toate că, entitatea contractantă și-a întemeiat decizia de excludere a ofertei pe dispozițiile art. 75 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, contestatorul precizează că dispoziția legală invocată obligă entitatea contractantă ca anterior aplicării prevederilor alin. (3) să dea curs obligațiilor stabilite în sarcina sa la alin. (1) și alin. (2) ale aceluiași articol, respectiv:

Art. 75 din Lege 99/2016:

„(1) în cazul în care entitatea contractantă identifică o situație potențial generatoare de conflict de interese în sensul art. 72, aceasta are obligația de a întreprinde orice demersuri necesare pentru a stabili dacă situația respectivă reprezintă o situație de conflict de interese și de a prezenta candidatului/ofertantului aflat în respectiva situație o expunere a motivelor care, în opinia entității 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 situație.*

(3) *În cazul în care, în urma aplicării dispozițiilor alin. (1) și (2), entitatea contractantă stabilește că există un conflict de interese, adoptă măsurile necesare pentru eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese, dispunând măsuri precum: înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor, atunci când le este afectată imparțialitatea, acolo unde este posibil, sau eliminarea ofertantului/candidatului aflat în relație cu persoanele cu funcții de decizie din cadrul entității contractante."*

Contestatorul subliniază faptul că entitatea contractantă a încălcat atât obligația stabilită la alin. (1), în sensul că nu a prezentat expunerea motivelor care sunt de natură să ducă la un conflict de interese, cât și obligația stabilită la alin. (2), în sensul că nu i-a solicitat să transmită un punct de vedere cu privire la motivele identificate.

Așadar, faptul că entitatea contractantă i-a solicitat clarificări în legătură cu un posibil conflict de interese, fără să indice în ce constă potențială situație de conflict de interese și nici motivația pentru care considera că ar exista un posibil conflict de interese, contestatorul consideră că nu poate fi asimilată obligației prevăzută de alin. (2) de mai sus redat, respectiv solicitarea unui punct de vedere cu privire la situația potențială de conflict de interese, deoarece acesta nu a fost informat prin solicitarea de clarificări cu privire la potențialul conflict de interese identificat și nici nu a comunicat expunerea sa de motive pentru a putea formula un punct de vedere referitor la respectiva situație, astfel încât să fie respectate obligațiile stabilite în sarcina entității contractante la alin. (1) și alin. (2) din art. 75.

În concluzie, având în vedere cele de mai sus arătate, contestatorul solicită să se constate că măsura dispusă de entitatea contractantă, în temeiul art. 75 alin. (3) este nelegală, deoarece a fost adoptată cu încălcarea obligațiilor prevăzute în sarcina entității contractante la alin. (1) și alin. (2) al art. 75 din Legea nr. 99/2016 și pe cale de consecință, solicită anularea măsurii, respectiv anularea următoarele acte: Adresa nr. SAch Nr. 1382/10.06.2021 - Comunicarea rezultatului procedurii de atribuire - Lot 1, a Raportului procedurii - LOT 1- Nr. 6.12/18.05.2021 sau SAch nr. 1380/10.06.2021 și a tuturor actelor subsecvente sau anterioare care au stat la baza întocmirii raportului procedurii, în măsura în care acestea au justificat rezultatul contestat, inclusiv a Procesul-verbal nr. 6.6/10.03.2021, a Procesului-verbal de evaluare nr. 8.5/24.02.2021 și a Comunicării rezultatului procedurii de atribuire - Lot 1 către Asocieria formată din SRL și BRAI- CATA SRL.

2) Cu privire la cel de-al doilea motiv de nelegalitate - aplicarea greșită a dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile publice sectoriale și ale art. 42 din Directiva 2014/25/UE, contestatoarea susține că nu se află în niciuna dintre situațiile descrise ca fiind potențial generatoare de conflict de interese prin dispozițiile art. 72 și art. 73 din Legea nr. 99/2016.

Astfel, contestatorul arată că entitatea contractantă a identificat ca posibil conflict de interese situația de fapt constând în: „orice decizie la nivelul organului de conducere al Ofertantului (și al subcontractantului declarant) fiind luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ”, situație care nu este avută în vedere de dispozițiile art. 72 și art. 73 din Legea nr. 99/2019 ca reprezentând o situație de conflict de interese.

Așadar, contestatorul învederează faptul că, din documentul „Îndrumar pentru Autoritățile Contractante privind Conflictul de Interese în Procesele de Achiziții Publice, în baza legislației Naționale Privind Achizițiile Publice, și a Strategiei Naționale în Domeniul Achizițiilor Publice” publicat pe - <https://www.integritate.eu/PREVENT.aspx>, se evidențiază următoarele elemente care trebuie analizate de către autoritățile contractante referitor la conflictul de interese în materia achizițiilor publice:

„Conflictul de interese de natură administrativă comportă trei elemente componente:

- *persoanele cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea achiziției publice sau care pot influența rezultatul acesteia aflați în exercitarea atribuțiilor funcției;*

- *imparțialitatea în luarea deciziei adoptate în exercițiul funcției;*

- *interesul personal al persoanelor cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea achiziției sau care pot influența rezultatul acesteia. ”*

2.1. Contestatorul învederează faptul că, o primă critică de nelegalitate a deciziei entității contractante se referă la persoană, angajat al autorității contractante, în raport de care s-a efectuat analiza posibilei situații de conflict de interese, respectiv:

- Entitatea contractantă nu a nominalizat care este persoana fizică implicată în posibila situație de conflict de interese;

- Entitatea contractantă nu a indicat care este natura interesului personal al acestei persoane, angajat al entității contractate;

- Entitatea contractantă nu a indicat care este modul în care este compromisă imparțialitatea sau independența respectivei persoane în contextul procedurii de atribuire; acestea fiind elemente esențiale raportat la conținutul dispoziției legale incidente, art. 72 din Legea nr. 99/2016 care definește conflictul de interese în sensul legii achizițiilor publice.

Astfel, contestatorul menționează că entitatea contractantă nu a nominalizat persoana fizică în raport de care a analizat posibila situație de conflict de interese, deși toate textele legale incidente leagă noțiunea de conflict de interese de situațiile în care personalul entității contractante care este implicat în desfășurarea procedurii de atribuire au, direct sau indirect, un interes personal (ce poate fi financiar, economic sau de altă natură), interes care trebuie să constituie un element de natură să compromită imparțialitatea sau independența respectivei persoane în contextul procedurii de achiziție.

În consecință, contestatorul susține că, analiza efectuată de autoritatea contractantă fără raportare la o persoană fizică, angajat al entității contractante al cărei interes personal sa compromită imparțialitatea sau independența sa în procesul de analiza a ofertelor, este nelegală și încalcă dispozițiile art. 72 și art. 73 din Legea nr. 99/2016.

2.2. Contestatorul arată că ***o a doua critică se referă la faptul că entitatea contractantă nu a făcut nicio analiză asupra modului în care respectiva situație de fapt conduce la încălcarea principiilor transparenței, egalității de tratament și/sau nediscriminării sau vreo analiză în privința efectelor asupra procedurii de licitație a posibilei situații de conflict de interese pe care a identificat-o***, cum ar fi fără a se limita la:

- care ar fi avantajele ce ar putea fi obținute de către din această situație de fapt, sau

- care ar fi riscul influențării deciziilor cu privire la rezultatul evaluării ofertelor, inclusiv a ofertei, atât timp cât toată procedura de licitație s-a derulat pe SICAP printr-un proces public, transparent și concurențial.

- modul în care aceasta situație de fapt ar conduce la o denaturare a concurenței, etc.

Astfel, contestatorul menționează faptul că, conflictele de interese apar atunci când personalul entității contractante, funcționarii publici, din domeniul achizițiilor publice, au interese care nu sunt dezvăluite sau au legături cu un ofertant. Mai mult, Conflicte de interese personale apar atunci când funcționarul public, din domeniul achizițiilor publice, este în măsură să ia decizii care pot îmbunătăți situația financiară a acestuia.

Așadar, contestatorul redă dispozițiile art. 72 din Legea nr. 99/2016, conform căroră: „în sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înțelege orice situație în care personalul entității contractante sau al unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele entității contractante care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența 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 imparțialitatea sau independența lor în contextul procedurii de atribuire.”

De asemenea, contestatorul invocă dispozițiile art. 73 din Legea 99/2016, potrivit căroră:

„(1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 72, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:

a) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a persoanelor care dețin părți sociale, părți de interes, acțiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători sau subcontractanți propuși ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare al unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători sau subcontractanți propuși; (n.n nu este cazul, deoarece nu a participat niciun reprezentant din cadrul entității contractante sau al societății care să aibă și o calitate sau funcție în consiliul de administrație sau organul de

conducere în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor, legea reglementări prohibitive doar acest aspect de "participare în procesul de verificare/evaluare");

b) *participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane care este soț/soție, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare al unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;*(n.n astfel cum a învederat, contestatorul nu se află în fața niciuneia din aceste situații prohibitive, în prezența unui soț, rudă, afin, etc cu persoane care să se afle în consiliul de administrație sau să facă parte din organul de conducere al societății sau al autorității contractante);

c) *participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informații concrete că poate avea, direct sau indirect, un interes personal, financiar, economic ori de altă natură, sau se află într-o altă situație de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare;*(n.n contestatorul nu se află în fața niciunei astfel de situații sau persoane care să presupună existența unui asemenea interes personal, financiar, economic de natură a afecta independența și imparțialitatea)

d) *situația în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terțul susținător are drept membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul entității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire;*(n.n contestatorul arată că nu există o astfel de relație prohibitivă între persoane din cadrul asocierii cu persoane cu funcții de decizie în cadrul entității contractante)

e) *situația în care ofertantul/candidatul a nominalizat printre principalele persoane desemnate pentru executarea contractului persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul entității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire.*(n.n contestatorul arată că nu există în cazul societății cel puțin o situație tangențială cu cea prohibitive de legiuitor, de rudenie ori de relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul entității contractante)

(2) *În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), prin acționar sau asociat semnificativ se înțelege persoana care exercită drepturi aferente unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social sau îi conferă deținătorului cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală.*

Totodată, contestatorul susține că entitatea contractantă a încălcat și dispozițiile 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, potrivit cărora: „*Conflicte de interese: (1) Statele membre se asigură că autoritățile contractante iau măsurile adecvate pentru a preveni, identifica și remedia în mod eficace conflictele de interese apărute în desfășurarea procedurilor de achiziție, astfel încât să se evite orice denaturare a concurenței și să se asigure un tratament egal pentru toți operatorii economici. Conceptul de conflict de interese acoperă cel puțin orice situație în care membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziții care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în derularea procedurii de achiziție sau care pot influența 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 imparțialitatea și independența lor în contextul procedurii de achiziție.*”

2.3. Contestatorul arată că, o a treia critică se referă la faptul că entitatea contractantă a aplicat în mod greșit toate textele legale incidente în materia conflictului de interese în achizițiile publice, deoarece, în toate aceste acte normative conflictul de interese se referă strict la un interes personal, direct sau indirect, al unei persoane fizice care poate influența decizia în procedurile de achiziție publică, și nicidecum la situația în care o societate comercială este acționar al unei alte societăți comerciale.

Astfel, contestatorul precizează faptul că, societatea comercială care deține participații la capitalul social, fiind asociat al ofertatului sau al subcontractorului, nu este autoritatea contractantă însăși sau vreun angajat sau colaborator al autorității contractante.

De asemenea, contestatorul menționează că niciun angajat sau colaborator contractual al autorității contractante nu deține funcții de decizie sau control în cadrul structurilor de conducere ale ofertatului sau al subcontractorului

Pe cale de consecință, contestatorul consideră că entitatea contractantă a decis eliminarea din procedura de achiziție publică, în mod greșit, conform adresei SAac nr. 1382/10.06.2021 și Raportului procedurii.

Documentul „*Îndrumar pentru Autoritățile Contractante privind Conflictele de Interese în Procesele de Achiziții Publice, în baza legislației Naționale Privind Achizițiile Publice, și a Strategiei Naționale în Domeniul Achizițiilor Publice*” publicat pe <https://www.integritate.eu/PREVENT.aspx>. conține la informații pentru autoritățile contractante referitor la modul în care acestea trebuie să facă analiza „interesului economic, personal sau de altă natură”(pagina 25 punctul 2.7.), cum trebuie analizată distincția între gradul și importanța în care este afectată independența și imparțialitatea (pagina 26 punctul 2.8.), cum trebuie analizate relațiile de muncă și relațiile comerciale (punctul 2.9.), care sunt tipurile și categoriile de interese (punctul 2.10), astfel:

„2.7 Interes personal, financiar, economic sau de altă natură

O primă împărțire în categorii a intereselor ar putea include următoarele:

A. *Interese ne-financiare(spre exemplu, avansarea în carieră, publicarea unei cărți, reputația, menținerea unei poziții onorifice etc.)*

B. Interese financiare/economice:

Tipul intereselor 28 ar trebui să joace, de asemenea, un rol în ceea ce privește felul măsurilor ce se dispun ca urmare a identificării unui posibil conflict de interese, astfel, pot exista:

B.1. Interese personale directe

Spre exemplu, în cazul în care persoana cu funcție de decizie este în același timp și acționar²⁹ al unui candidat/ofertant, este considerat că acesta are un interes personal în respectiva procedură.

B.2. Interese personale indirecte atunci când folosul necuvenit nu este în beneficiul direct al persoanei cu funcție de decizie, ci în beneficiul unui terț - persoane de la care a beneficiat de servicii sau foloase de orice natură, persoanele cu care se află/s-a aflat în raporturi de muncă sau rude până la gradul al II-lea inclusiv.

Spre exemplu, fiica șefului autorității contractante a beneficiat de o săptămână de vacanță plătită de directorul unui operator economic care participă la procedura de achiziții publice.

C. Interese de altă natură comune cu un operator economic participant la procedura de achiziții publice/ofertant/contractant/sub contractant/terț susținător pot fi în legătură cu viața de familie, viața sentimentală, profesională, politică, sau orice alt interes comun cu un potențial destinatar al unei plăți din fonduri publice, alocate ca urmare a unei proceduri de achiziții publice.

Spre exemplu, «o persoană cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante și conducătorul unui operator economic participant la procedura de achiziții publice au responsabilități în cadrul aceluiași partid politic, iar persoana cu funcție de decizie nu își exercită cu imparțialitate atribuțiile ce îi revin în cadrul achiziției respective, punând interesul privat al colegului de partid (câștigarea licitației) înaintea interesului public pe care are obligația să-l urmărească» 30. Pentru a fi întrunite elementele ce constituie conflictul de interese așa cum este acesta formulat la secțiunea «definiții» a prezentului îndrumar, condiția ce trebuie îndeplinită de «interesul personal» al persoanei cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante (de oricare fel ar fi acest interes: ne-financiar, economic sau de altă natură) este ca acesta să fie în măsură să afecteze independența și imparțialitatea respectivei persoane.

2.8. Situație de natură să afecteze independența și imparțialitatea

Pentru a fi întrunite elementele ce constituie conflictul de interese așa cum este acesta formulat la secțiunea «definiții» a prezentului îndrumar, condiția ce trebuie îndeplinită de «interesul personal» al persoanei cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante (de oricare fel ar fi acest interes: ne-financiar, economic sau de altă natură) este ca acesta să fie în măsură să afecteze independența și imparțialitatea respectivei persoane.

Autoritățile contractante trebuie să facă distincția între gradul și importanța acestor interese. Astfel, interesele minore nu sunt în măsură să genereze conflicte de interese. Spre exemplu, plăcerea ocazională a primarului unui oraș în mersul cu bicicleta și susținerea de către acesta a unei investiții în închirierea de biciclete de către municipalitate pentru cetățeni nu este de natură a fi catalogată drept conflict de interese; de

asemenea, prietenia a două persoane doar într-o rețea de socializare de tipul Facebook, LinkedIn, sau Twitter nu este suficientă în a determina că cele două persoane sunt într-o relație veritabilă de prietenie și au interese comune în măsură să genereze un conflict de interese³¹.

Situația/interesul de natură a crea conflicte de interese trebuie să fie majoră/major și relevantă/relevant, și prin aceasta/acesta să se obțină un folos necuvenit, prin nesocotirea interesului public, cu încălcarea imparțialității persoanei cu funcție de decizie - ca, spre exemplu, interesul privat al conducătorului societății comerciale pentru utilități publice - furnizare de apă, a municipalității X să direcționeze un proiect de lucrări de construcții către firma soției, în urma căruia venitul familiei ar crește substanțial.

2.9 Relații de muncă și de colaborare, relații comerciale

Art. 61 din Legea nr. 98/2016 sancționează situația în care ofertantul declarat câștigător cu care autoritatea contractantă a încheiat contractul de achiziție publică angajează sau încheie orice alte înțelegeri privind prestarea de servicii, direct ori indirect, în scopul îndeplinirii contractului de achiziție publică, cu «persoane fizice sau juridice care au fost implicate în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor depuse în cadrul unei proceduri de atribuire ori angajați/foști angajați ai autorității contractante sau ai furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire cu care autoritatea contractantă/furnizorul de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire a încetat relațiile contractuale ulterior atribuirii contractului de achiziție publică, pe parcursul unei perioade de cel puțin 12 luni de la încheierea contractului, sub sancțiunea rezoluției ori rezilierii de drept a contractului respectiv». Migrația funcționarilor publici (în sensul prezentului îndrumar - a persoanelor cu atribuții în ce privește un proces de achiziție publică) din sectorul public în sectorul privat (fenomen cunoscut sub denumirea de *Pantouflage*³² - așa numitele situații de «ușă turnantă») poate fi, așa cum se detaliază mai sus, o situație posibil generatoare de conflicte de interese în anumite circumstanțe (atunci când se poate presupune că interesul privat al persoanelor cu funcție de decizie - un nou loc de muncă, un venit suplimentar - primează, în detrimentul interesului public, prin decizia lipsită de imparțialitate a acestora, în procesul de achiziții publice). Migrația acestora în sectorul privat este în aceste condiții considerată ca fiind de natură să genereze conflicte de interese. Această noțiune este notată și în Strategia Națională Anticorupție ca indicator al conflictelor de interese și corupției, acordându-i-se o atenție specială. Astfel, se consideră că, în aceste situații de migrație din sectorul public în sectorul privat, deciziile persoanelor cu funcții de decizie din cadrul autorităților contractante în procesul de achiziții publice pot fi influențate de speranța de a obține un nou loc de muncă (sau o relație de colaborare remunerată) într-o întreprindere privată, într-un mod care poate denatura concurența.

Exemplu: O persoană cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante eliberează informații privilegiate pentru un ofertant, în cadrul unei achiziții publice, ofertant ce va deveni ulterior viitorul său angajator

sau colaborator în sectorului privat, într-un mod care denaturează concurență.

2.10 Tipuri și categorii de conflicte de interese

Conflictele de interese, așa cum acestea se regăsesc în legislație și în doctrina de specialitate³³, pot fi potențiale, aparente (percepute), sau reale:

- Un conflict de interese potențial apare atunci când persoana cu funcție de decizie în procesul de achiziție publică ar putea avea un interes privat cu privire la procedura în viitor. Exemplu de conflict de interese potențial: X este persoană cu funcție de decizie - responsabil cu achizițiile, în autoritatea contractantă, iar fratele acestuia, V, are o firmă de TIC (tehnologia informației și comunicare).

Conflictul de interese potențial poate să nu se producă niciodată. Luând exemplul dat mai sus, operatorul economic - firma lui Y, nu depune niciodată ofertă în procedurile de achiziții publice ale autorității contractante unde fratele lui Y este responsabil cu achizițiile, și unde, dacă ar face-o X și Y s-ar afla în conflict de interese real.

Așa cum se arată în Ghidul ANI, «Așteptările publicului privind conduita pe care oficialul public trebuie să o aibă variază în funcție de tipul concret de conflict de interese existent la un anumit moment. Dacă, în cazul conflictului de interese potențial, conduita cerută oficialului este mai degrabă centrată pe exercitarea în mod transparent și echidistant a atribuțiilor sale, în cazul conflictului de interese real (n.a), oficialul trebuie să se abțină de la luarea oricăror decizii, informându-și superiorul ierarhic despre situația apărută. Conflictul de interese consumat apare în cazul în care oficialul nu s-a abținut de la luarea unei decizii în ipoteza unui conflict de interese real (n.a.) și implică latura sancționatorie a reglementării».

- Un conflict de interese perceput sau aparent poate exista în cazul în care ar putea fi perceput că interesele private ale unei persoane din autoritatea contractantă care derulează activități în procesul de achiziții publice ar putea influența în mod necorespunzător îndeplinirea sarcinilor acesteia, indiferent dacă în realitate este sau nu este, de fapt, cazul.

Exemplu de conflict de interese aparent: Conducătorul autorității contractante sau președintele comitetului de evaluare și conducătorul unui operator economic participant la procedură au același nume de familie.

Conform art. 62 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă «întreprinde orice demersuri necesare pentru a stabili dacă situația respectivă reprezintă o situație de conflict de interese» și prezintă ofertantului aflat în respectiva situație «o expunere a motivelor care, în opinia autorității contractante, sunt de natură să ducă la un conflict de interese. (2) În cazul prevăzut la al. (1), autoritatea contractantă solicită candidatului/ofertantului transmiterea punctului său de vedere cu privire la respectiva situație. (3) În cazul în care, în urma aplicării dispozițiilor al. (1) și (2), autoritatea contractantă stabilește că există un conflict de interese, autoritatea contractantă adoptă măsurile necesare pentru eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese dispunând măsuri cum ar fi înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor, atunci când le este afectată imparțialitatea, acolo

unde este posibil, sau, eliminarea ofertantului/candidatului aflat în relație cu persoanele cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante". Eliminarea ofertantului/candidatului se face așadar doar în ultimă instanță, dacă nici un alt remediu nu a fost posibil.

- *Un conflict real de interese implică un conflict direct între interesul public - pentru protejarea căruia trebuie să se manifeste cu imparțialitate decizia unei persoane cu funcție de decizie din autoritatea contractantă, și interesele private ale acesteia.*

Exemplu de conflict de interese real: La licitație participă firma de construcții a rudei de gradul I-II/fostului sau viitorului angajator/colaboratorului sau colegului din sectorul ne guvernamental/partid politic etc. al doamnei primar.

În această situație, conflictul de interese este real, și presupune o anumită reacție a primarului, care este pusă în situația de a lua o decizie care să o avantajeze indirect. Dacă primarul ia decizia corespunzătoare (în situația de față, aceasta neputându-se suspenda din funcție, decizia corectă ar fi respingerea ofertei din cauza conflictului de interese real), conflictul de interese (real) își va găsi astfel remediul corect. În situația contrară, în care ofertantul aflat în conflict de interese câștigă licitația și primarul semnează contractul de achiziții publice, conflictul de interese devine consumat, așa încât instrumentele pe care le are la îndemână autoritatea contractantă sunt remedierea situației prin: rezilierea contractului, sesizarea situației de conflict de interese organelor abilitate, și orice alte măsuri în conformitate cu legea. Tabelul nr. 2 de mai jos redă, pe scurt, tipurile de conflicte de interese."

Contestatorul solicită Consiliului să constate că, în cadrul procedurii în cauză, entitatea contractantă nu a efectuat deloc analiza prevăzută în „Îndrumar pentru Autoritățile Contractante privind Conflictele de Interese în Procesele de Achiziții Publice, în baza Legislației Naționale Privind Achizițiile Publice, și a Strategiei Naționale în Domeniul Achizițiilor Publice” referitor la situația de fapt pe care a reținut-o ca fiind conflict de interese.

Mai mult decât atât, contestatorul solicită să se constate că situația de fapt prin care „orice decizie la nivelul organului de conducere al Ofertantului (și al subcontractantului declarant) fiind luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ” nu se încadrează în niciuna dintre interesele descrise ca fiind generatoare de conflict de interese potrivit analizei prezentată mai sus din documentul „Îndrumar pentru Autoritățile Contractante privind Conflictele de Interese în Procesele de Achiziții Publice, în baza Legislației Naționale Privind Achizițiile Publice, și a Strategiei Naționale în Domeniul Achizițiilor Publice”.

Așadar, contestatorul apreciază că se desprinde concluzia că, pentru a exista o situație de conflict de interese, nu este suficient ca între ofertant și autoritatea contractantă să existe o situație relațională, chiar și indirectă, ci trebuie să se compromită și imparțialitatea ori independența lor, în contextul procedurii de atribuire.

În condițiile date, contestatorul subliniază faptul că, aspectul modului în care este avantajat ofertantul, al modului cum sunt în fapt influențate deciziile în cadrul procedurii de atribuire cu privire la rezultatul evaluării

sunt fapte care trebuie demonstrate de către autoritatea contractantă, atunci când îl exclude din procedură pe ofertantul respectiv.

Mai exact, contestatorul susține că, în prezenta cauza, autoritatea contractantă trebuie să se afle în posesia unor dovezi incontestabile că orice decizie la nivelul organului de conducere al fiind luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ, este o situație de fapt care conduce la influențarea rezultatului procedurii de achiziție desfășurată în SICAP ca urmare a Anunțului de participare nr., și, totodată, să se afle în imposibilitatea de a remedia această situație prin alte măsuri mai puțin severe.

Așadar, din economia celor mai sus arătate, contestatorul apreciază că trebuie reținut că scopul măsurilor impuse de legiuitor în sarcina autorității contractante prin prevederile juridice în materia conflictului de interese este asigurarea unei concurențe reale, scop ce poate fi obținut, printre altele, prin participarea unui număr cât mai mare de operatori economici la procedura de atribuire, cu evitarea eliminării ofertanților, ca urmare a unui formalism nejustificat al comisiei de evaluare, având ca temei simple prezumții/temeri ale membrilor acestora.

În contextul dat, contestatorul consideră că măsura eliminării ofertantului apare ca fiind nelegală, abuzivă, disproporționată, fără o cauză obiectivă, și fără a se face dovada modului în care acest ofertant ar putea fi avantajat de situația de fapt reținută ca și conflict de interese de către entitatea contractantă.

Mai mult, contestatorul învederează faptul că, conform art. 12 alin. (1) din Actul constitutiv, conducerea activității curente a societății SRL este asigurată de domnul, care nu are nicio legătură cu entitatea contractantă, fiind în același timp și acționar al SRL cu o cotă de participare la capitalul social de 0.1%.

Totodată, contestatorul precizează faptul că, mandatul și competențele acordate administratorului de către Actul constitutiv al SRL nu conțin nicio limitare referitoare la exercitarea obiectului de activitate al societății, respectiv pentru prestarea de servicii de curățenie pe bază de contract de prestări servicii, administratorul fiind obligat să acționeze pentru protejarea intereselor societății.

În contextul dat, contestatorul apreciază că nu se poate reține nicio situație de posibil conflict de interese raportat la persoana administratorului societății SRL, persoană care are libertate de decizie în ceea ce privește executarea obiectului de activitate al societății prin contracte de prestări servicii de curățenie, astfel cum sunt și cele din procedura de achiziție în cauză.

Contestatorul menționează că, aceeași este situația și în cazul subcontractantului SRL, conducerea activității curente fiind asigurată de către administratorul acesteia dl. împreună cu director general dl.

Așadar, în opinia contestatorului, este nedovedit de către entitatea contractantă în ce măsură aceste două persoane, Administratorul SRL domnul și Administratorul SRL domnul,

sunt de natură să compromită imparțialitatea sau independența în derularea procedurii de atribuire, fiind un potențial conflict de interese.

În susținere, contestatorul invocă jurisprudența relevantă publicată pe site-ul achizitiipublice.gov.ro - capitolul Biblioteca de spețe, respectiv:

„Speța 988 : O societate având calitatea de autoritate contractantă organizează o procedură de atribuire. La această procedură participă ca și ofertant un operator economic care are calitatea de acționar la societatea organizatoare a procedurii respective, deținând 50% din pachetul de acțiuni. În acest context, se poate considera situația ca fund un conflict de interese?

Data publicării: 2 iun. 2020, 11:57:29

Răspuns:

În ceea ce privește conflictul de interese, acesta este definit de art. 59 din Legea nr. 98/2016, ca fiind orice situație în care membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența 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 imparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire.

Totodată, precizăm că noțiunea de conflict de interese implică un conflict între datoria față de public și interesele personale ale unei persoane cu funcție de decizie din cadrul unei autorități contractante, în sensul în care persoana respectivă are interese, în calitatea sa de persoană privată, ce ar putea influența necorespunzător îndeplinirea obligațiilor și responsabilităților oficiale.

Prin urmare, prevederile art. 60 din lege, care prevede posibilele situații de conflict de interese, reglementează acest conflict apărut între persoane fizice cu funcții de decizie din cadrul autorităților contractante și operatorii economici participanți la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Astfel, situația în care o societate comercială este acționar la o altă societate care are calitatea de autoritate contractantă nu se înscrie printre situațiile descrise de acest text de lege și, prin urmare, nu ar fi de natură să creeze un conflict de interese conform art. 60 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, facem precizarea că, potrivit art. 58 din același act normativ, o autoritate contractantă are obligația, pe parcursul derulării unei proceduri de atribuire, de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici.”;

„Speța 997: Se poate considera ca fiind conflict de interese situația în care reprezentantul legal al unuia dintre ofertanții la o procedură de atribuire a avut calitatea de administrator al unei societăți comerciale la care autoritatea contractantă este asociat?

Data publicării: 2 iun. 2020, 11:59:08

Răspuns:

La art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 sunt prezentate, cu titlu de exemplu, câteva dintre situațiile potențial generatoare de conflict de interese.

Astfel, primele trei exemple, respectiv cele prevăzute la art. 60 alin. (1) Ut. a) - c) din Legea nr. 98/2016, se referă la situațiile care apar în cazul participării anumitor categorii de persoane în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor (persoane care dețin părți sociale, părți de interes, acțiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători sau subcontractanți propuși ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși; persoană care este soț/soție, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși; persoană despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informații concrete că poate avea, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori se află într-o altă situație de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare).

Ultimele două exemple, respectiv cele prevăzute la art. 60 alin. (1) Ut. d) și e) din Legea nr. 98/2016, se referă la situațiile în care anumite persoane din cadrul ofertantului au relații cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante (membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire; persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire).

Raportat la cele arătate mai sus, se poate observa că situația prezentată în actuala speță nu se încadrează în exemplele redată la art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Pe cale de consecință, menționăm că din prezentarea situației de fapt nu reiese existența unui conflict de interese, în sensul precizat de dispozițiile Legii nr. 98/2016, având în vedere că acesta se referă la situațiile în care membrii personalului autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența 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 imparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire (art. 59 din Legea nr. 98/2016)."

În concluzie, având în vedere toate argumentele anterior evidențiate, contestatorul solicită CNSC: anularea actelor emise de autoritatea contractantă constând în adresa SACh nr. 1382/10.06.2021 - Comunicarea rezultatului procedurii de atribuire - Lot 1 SRL, a Raportului

procedurii - LOT 1 - nr. 6.12/18.05.2021 sau SACh nr. 1380/10.06.2021 și a tuturor actelor subsecvente sau anterioare care au stat la baza întocmirii raportului procedurii, în măsura în care acestea au justificat rezultatul contestat, inclusiv a Procesului-verbal nr. 6.6/ 10.03.2021, a Procesului-verbal de evaluare nr. 8.5/24.02.2021 și a Comunicării rezultatului procedurii de atribuire - Lot 1 către Asocieria formată din SRL și SRL, etc.

Ulterior anulării rezultatului procedurii, contestatorul solicită CNSC să oblige entitatea contractantă la continuarea procedurii de achiziție, la reevaluarea transparentă a ofertelor tehnice și financiare, cu acordarea punctajelor corespunzător cu algoritmul de calcul din Fișa de date a achiziției și condițiile din caietul de sarcini.

În drept, se invocă dispozițiile din Legea nr. 99/2016, Legea nr. 98/2016, Legea nr. 101/2016.

Cu adresa nr. 1297/28.06.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 33489/29.06.2021, ... a formulat punct de vedere cu privire la contestație solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată și nefondată.

În fapt, ... arată că a organizat procedura în cauză, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. și a documentației de atribuire aferente, precizând că se va referi la Lot I contestat „Servicii de curățenie, salubritate și colectare selectivă în spațiile aferente terminalelor de pasageri - zone publice și restricționate: Săli publice, grupuri sanitare, birouri, alte spații (filter, ghișee, depozite, magazine, spații tehnice, ateliere, vestiare, trotuare/peroane, porți îmbarcare, etc), inclusiv transportul, eliminarea/neutralizarea/valorificarea deșeurilor menajere/reciclabile/periculoase, etc.”, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată, pentru Lot I, fiind în sumă de 2.883.503,25 Euro, exclusiv TVA.

De asemenea, entitatea contractantă arată că, următorii ofertanți au depus ofertă semnată cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, respectând termenul limită de depunere a ofertelor:

1. - ... SRL;
2. SRL;
3. SRL.

A. În urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, entitatea contractantă menționează faptul că, ofertanții care au îndeplinit condițiile de participare au fost:

- - ... SRL;
- ... SRL;

În cadrul Proceselor verbale nr. 6.1/18.01.2021, nr. 6.4/09.02.2021 și nr. 6.6/10.03.2021 sunt detaliate, după cum se arată, evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care-l însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, care sunt parte a dosarului achiziției.

Astfel, entitatea contractantă precizează că la această etapă, oferta depusă de SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă/neconformă/neadecvată, în temeiul dispozițiilor art. 180 alin.

(1) lit. e) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, conform Procesului-verbal nr. 6.6./10.03.2021.

B. În urma, analizării propunerilor tehnice și a răspunsurilor la clarificările solicitate, entitatea contractantă arată că, comisia de evaluare a declarat oferta ca fiind conformă și admisibilă, conform art. 143 alin. (4) din HG nr. 394/2016 și oferta a fost declarată neconformă și a fost respinsă, raportat la art. 143 alin.(3) lit. a) din HG nr. 394/2016 (analiza se regăsește în procesele-verbale nr. 6.7/19.03.2021 și 6.8/30.03.2021).

D. În urma evaluării propunerilor financiare, entitatea contractantă arată că a fost declarată admisă pentru a trece mai departe în etapa de licitație electronică, oferta, raportat la prevederile art. 143 alin. (2) lit. e) și f) din H.G. nr. 394/2016 și art. 143 alin. (3) lit. d) și g) din H.G. nr. 394/2016.

În urma aplicării criteriului de atribuire prevăzut în anunțul de participare și documentația de atribuire, respectiv „cel mai bun raport calitate-preț”, entitatea contractantă menționează că, a rezultat câștigătoare oferta Asocierii

F. Entitatea contractantă arată că a transmis adresele privind comunicarea rezultatului procedurii tuturor ofertanților la procedura de atribuire, respectiv a comunicat contestatoarei SRL motivele concrete ce au stat la baza respingerii ofertei depuse de către aceasta, în cadrul procedurii, prin adresa nr. 1382/10.06.2021.

Așadar, față de susținerile SRL din cadrul contestației, entitatea contractantă învederează următoarele:

În ceea ce privește critica contestatorului „(1) Autoritatea contractantă a încălcat art. 75 alin (1) și (2) din Legea nr. 99/2016 și (2) autoritatea contractantă a aplicat greșit art. 180 alin. 1 lit. e) din Legea nr. 99/2016, deoarece contestatoarea nu se află în niciuna dintre situațiile descrise ca fiind potențial generatoare de conflict de interese conform art. 72 și art. 73 din Legea nr. 99/2016 și ale art. 42 din Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26/2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale”, entitatea contractantă menționează faptul că a identificat o situație potențial generatoare de conflict de interese în sensul art. 72, sens în care, a întreprins demersurile necesare și a prezentat acestuia motivele care sunt de natură a duce la un conflict de interese și i-a solicitat punctul de vedere față de respectiva situație, prin adresa SAch nr. 533/25.02.2021, la care a primit răspuns, prin adresa nr. 383/04.03.2021.

Pe cale de consecință, contrar susținerilor contestatoarei, entitatea contractanta susține că a respectat art. 75 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă învederează faptul că, prin adresa SAch nr. 533/25.02.2021, a motivat posibila situație generatoare de conflict de interese, dupa cum urmeaza:"

> Decizia CNSC nr. din data de 08.10.2018;

> Hotărâre civilă nr. 6386 din data de 19 noiembrie 2018, prin care se susține de Curtea de Apel faptul că CNSC a reținut în mod corect că societatea S.A. se află într-o situație potențial generatoare

de conflict de interese, astfel că entitatea contractantă, respectiv S.A., trebuie să facă aplicarea art. 75 alin. (3) coroborate cu art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016;

> Conform certificatului constatator nr. 30013/14.01.2021, ofertantul S.R.L. îl are ca asociat pe S.A., a cărui cotă de participare la beneficii și pierderi este de 99,9%;

> Conform certificatului constatator nr. 135275/18.02.2021, subcontractantul S.R.L. îl are ca asociat pe S.A., a cărui cotă de participare la beneficii și pierderi este de 100%;

> Prevederile art. 73 și art. 75 din Legea nr. 99/2016.

> ART. 73 „(1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 72, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:

d) situația în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terțul susținător are drept membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul entității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire;

(2) în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), prin acționar sau asociat semnificativ se înțelege persoana care exercită drepturi aferente unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social sau îi conferă deținătorului cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală.”

ART 75 „(3) În cazul în care, în urma aplicării dispozițiilor alin. (1) și (2), entitatea contractantă stabilește că există un conflict de interese, adoptă măsurile necesare pentru eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese, dispunând măsuri precum: înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor, atunci când le este afectată imparțialitatea, acolo unde este posibil, sau eliminarea ofertantului/candidatului aflat în relație cu persoanele cu funcții de decizie din cadrul entității contractante.”

Fără a relua motivele posibilei situații generatoare de conflict de interese, entitatea contractantă menționează faptul că analiza acestei situații se regăsește în Procesul-verbal intermediar - Lot I - Nr. 6.6/10.03.2021. Astfel, raportat la argumentele menționate, entitatea contractantă arată că, a concluzionat faptul că: „orice decizie la nivelul organului de conducere al ofertantului (și al subcontractantului declarant) este luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ”, sens în care, a făcut aplicarea dispozițiilor art. 75 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.

Pe cale de consecință, entitatea contractantă arată că a exclus contestatoarea SRL prin raportare la art. 180 alin. 1 lit. e): „Se află într-o situație de conflict de interese în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, iar această situație nu poate fi remediată în mod efectiv prin alte măsuri mai puțin severe, prevăzută la art. 75 alin. (3).”

În concluzie, entitatea contractantă solicită ca, prin decizia ce se va pronunța, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației ca nefondată și menținerea în tot actul/actele contestat/e cu privire la procedura de atribuire a contractului având ca obiect: „Achizita de servicii de curățenie, salubritate și colectare selectivă în spațiile aferente terminalelor de pasageri și curățenie stradală, la punctul de lucru AIBB-AV, pe loturi: Lot I - Servicii de curățenie, salubritate și colectare selectivă în spațiile aferente terminalelor de pasageri - zone publice și restricționate: Săli publice, grupuri sanitare, birouri, alte spații (filter, ghișee, depozite, magazine, spații tehnice, ateliere, vestiare, trotuare/peroane, porți îmbarcare, etc), inclusiv transportul, eliminarea/neutralizarea/valorificarea deșeurilor menajere/reciclabile/periculoase, etc.”

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, a Legii nr. 99/2016 și a H.G. nr. 394/2016.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. ..., contestatorul a formulat Răspuns la punctul de vedere al entității contractante comunicat în data de 28.06.2021, învederând faptul că, contestarea deciziei de excludere a avut în vedere două motive de nelegalitate, astfel: încălcarea dispozițiilor art. 75 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016; precum și aplicarea, în mod greșit, a dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016, deoarece nu se află în niciuna dintre situațiile descrise ca fiind potențial generatoare de conflict de interese, conform dispozițiilor art. 72 și art. 73 din Legea 99/2016 și ale 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.

1. În replică la susținerile entității contractante din punctul de vedere contestatorul arată că, aceasta nu a comunicat în cuprinsul adresei nr. 533/25.02.2021 în ce constă situația potențială de conflict de interese și raportat la care, ofertantul să poată formula un punct de vedere pertinent și corect fundamentat față de expunerea de motive care ar fi trebuit comunicată de către entitate, conform dispozițiilor art. 75 alin. (1), respectiv i-a comunicat faptul că: „... comisia de evaluare a identificat o situație potențial generatoare de conflict de interese. Astfel, în temeiul art. 75 alin. (2), vă solicităm transmiterea punctului dumneavoastră de vedere cu privire la situația expusă anterior, până la data de 04.03.2021”.

Astfel, contestatorul subliniază faptul că, niciunde în cuprinsul adresei susmenționate nu se regăsește expunerea de motive, cum în mod expres solicită dispozițiile art. 75 alin. (1), nu este descrisă motivația avută în vedere de entitatea contractantă atunci când a adoptat decizia de excludere, respectiv motivarea deciziei comisiei de evaluare în excluderea ofertei a fost următoarea: „... considerăm că a fost identificată o situație potențială de conflict de interese privind ofertantul SRL, orice decizie la nivelul organului de conducere al Ofertantului (și al subcontractantului declarant) fiind luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ, astfel că entitatea contractantă trebuie să facă aplicarea dispozițiilor art. 75 alin.

(3) coroborate cu dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016.”

În consecință, contestatorul consideră că, solicitarea punctului de vedere de către entitatea contractantă nu s-a făcut cu respectarea dispozițiilor art. 75 alin. (1), deoarece, nu i-a fost prezentată expunerea motivelor avute în vedere, ci entitatea contractantă s-a limitat doar la a afirma că a identificat o potențială situație de conflict de interese fără a o descrie și motiva în mod explicit.

Raportat la această deficiență, contestatorul consideră că, prin încălcarea dispozițiilor art. 75 alin. (1) de către entitatea contractantă, s-a găsit în imposibilitatea de a formula un punct de vedere pertinent și fundamentat, raportat în mod explicit la motivul identificat de aceasta ca potențial generator de conflict de interese.

Astfel, contestatorul consideră că s-au încălcat și dispozițiile art. 75 alin. (2), deoarece punctul de vedere transmis nu a putut fi corelat cu expunerea de motive, motivarea deciziei de excludere din Adresa nr. SAch Nr. 1382/10.06.2021 - Comunicarea rezultatului procedurii de atribuire - Lot 1 SRL: „.... orice decizie la nivelul organului de conducere al ofertantului (și al subcontractantului declarant) fiind luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ.”

În concluzie, contestatorul consideră că entitatea contractantă, prin punctul de vedere transmis, „nu a dovedit și motivat îndeplinirea condițiilor prevăzute de dispozițiile art. 75 alin (1) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016”.

2) Referitor la susținerile entității contractante din punctul de vedere cu privire la al doilea motiv de nelegalitate: „Aplicarea greșită a dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile publice sectoriale și ale art. 42 din Directiva 2014/25/UE, deoarece contestatoarea nu se află în niciuna dintre situațiile descrise ca fiind potențial generatoare de conflict de interese prin dispozițiile art. 72 și art. 73 din Legea nr. 99/2016”, contestatorul arată că toată argumentația acesteia se bazează pe Decizia CNSC nr. ... din data de 08.10.2018, emisă în Dosarul CNSC nr. ... și pe Hotărârea civilă nr. 6386 din data de 19 noiembrie 2018 a Curții de Apel

Astfel, contestatorul solicită CNSC să constate că, judecând ambele cauze, atât cea care a făcut obiectul Dosarului nr... cât și cea care face obiectul Dosarului în cauză nr. ..., situațiile de fapt din cele două cauze sunt total diferite, iar raționamentul aplicat în mod corect prin Decizia nr. ..., în Dosarul nr. ... nu poate fi aplicat prin analogie și/sau extrapolare și în procedura în cauză care face obiectul Dosarului nr.

Având în vedere principiul de drept conform cu care orice reglementări care prevăd limitări de drepturi sunt de strictă aplicare și nu pot fi extinse și aplicate prin extrapolare, contestatorul solicită să se constate că, în cauza dată, Dosarul nr., situația de fapt este diferită față de situația de fapt avută în vedere prin Decizia CNSC nr. din 08.10.2018 emisă în Dosarul nr., astfel:

În procedura de achiziție care a făcut obiectul Dosarului nr. soluționat prin Decizia CNSC nr., entitatea contractantă a

fost SA iar ofertantul și intervenientul în interes propriu a fost SA la care entitatea contractantă este acționar, spre deosebire de Dosarul în cauză nr. unde este ofertant contestatoare este SRL, la care entitatea contractantă SA nu este acționar/asociat.

De asemenea, se arată faptul că, în dosarul nr. soluționat prin Decizia CNSC nr., CNSC a avut în vedere situația de fapt constând în:

„În cazul de față ofertantul asociat SC SA are în consiliul de administrație un reprezentant al entității contractante întrucât Națională de Aeroporturi SA este acționar în cadrul SA. Prin urmare, în opinia Consiliului, există relații comerciale și interes comercial al entității contractante față de operatorul economic SC SA, orice acționar al unei societăți comerciale urmărind obținerea de profit în derularea activității sale. Potrivit documentelor achiziției, este adevărat că persoana desemnată de către în consiliul de administrație al SC SA este domnul, persoana care nu face parte din categoria persoanelor cu funcții de decizie sau implicate în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor, însă conform certificatului constatator eliberat de ONRC, domnul are calitatea de administrator în cadrul SC SA.”

Așadar, în prezenta cauza care face obiectul Dosarului nr., contestatorul arată că situația de fapt este diferită față de cea reținută prin Decizia CNSC nr., astfel:

- Entitatea contractantă nu este acționar al ofertantului SRL

- Entitatea contractantă nu are desemnat un membru în consiliul de administrație al ofertantului SRL

- Conform extrasului ONRC, activitatea comercială a ofertantului este condusă de administratorul, care nu are nicio legătură cu entitatea contractantă, fiind în același timp și acționar al SRL cu o cotă de participare la capitalul social de 0.1%.

- Mandatul și competențele acordate administratorului prin Actul constitutiv al SRL nu conține nicio limitare referitoare la exercitarea obiectului de activitate al societății, respectiv pentru prestarea de servicii de curățenie pe bază de contract de prestări servicii, administratorul fiind obligat să acționeze pentru protejarea intereselor societății și nu ale acționarilor acesteia (..... SA).

În consecință, având în vedere situația de fapt diferită, în care nu se mai pot reține motivele invocate de CNSC în cuprinsul Deciziei CNSC nr., contestatorul apreciază că devine abuzivă decizia entității contractante de eliminare a sa pentru considerente care nu sunt incidente în cauză.

În contextul dat, contestatorul consideră că măsura eliminării sale apare ca fiind nelegală, abuzivă, disproporționată, fără o cauză obiectivă, și fără a se face dovada modului în care acesta ar putea fi avantajat de situația de fapt reținută ca și conflict de interese de către entitatea contractantă.

De asemenea, contestatorul apreciază că nu se poate reține nicio situație de posibil conflict de interese raportat la persoana administratorului societății SRL, dl., persoana care are libertate de decizie în ceea ce privește executarea obiectului de activitate al societății prin contracte de prestări servicii de curățenie, astfel cum sunt și cele din procedura de achiziție în cauză.

Totodată, contestatorul arată că, prin punctul de vedere transmis entitatea contractantă nu dovedește în ce măsură cele două persoane, Administratorul SRL domnul și Administratorul SRL domnul, sunt de natură să compromită imparțialitatea sau independența în derularea procedurii de atribuire, fiind un potențial conflict de interese.

În susținere, a fost anexat extras ONRC al SRL.

Cu adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ..., ... SRL, Lider al Asocierii SRL și SRL, în calitate ofertant clasat pe primul loc în clasament, potrivit Comunicării SACh Nr. 1381/10.06.2021, a formulat „cerere de intervenție voluntară”, în temeiul prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 64 și art. 66 din Codul de Procedură Civilă, prin care a solicitat admiterea cererii și respingerea contestației formulată de SRL, ca fiind nefondată. Prin cererea de intervenție

I. Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție

Intervenientul prezintă istoricul procedurii și arată că, în cadrul procedurii de atribuire, Lotul 1, a depus o ofertă admisibilă, sens în care, potrivit raportului procedurii de atribuire cu nr. 6.12/18.05.2021 și Comunicării rezultatului procedurii, cu nr. SACh nr. 1381/10.06.2021, a fost informat cu privire la faptul că, în urma evaluării ofertelor în cadrul procedurii de referință, oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare, cu o propunere financiară 2.879.746,76 Euro fără TVA, ofertă care a fost clasată pe primul loc în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAE.

Astfel, intervenientul arată că, la data de 23.06.2021, a luat cunoștință despre publicarea în SEAP a contestației formulată de către Societatea SRL prin care, practic, critică decizia Autorității contractante, în sensul că măsura dispusă de Entitatea contractantă în temeiul art. 75 alin. (3), cu privire la oferta sa, este nelegală, deoarece a fost adoptată cu încălcarea obligațiilor prevăzute în sarcina Entității contractante la alin. (1) și alin. (2) al art. 75 din Legea nr. 99/2016 și pe cale de consecință să anuleze această măsură, Contestatoarea motivând că nu se află în niciuna dintre situațiile descrise ca fiind potențial generatoare de conflict de interese prin dispozițiile art. 72 și art. 73 din Legea nr. 99/2016.

În contextul dat, intervenientul menționează că, potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, „până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere

de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației", iar conform art. 61 alin. (1) din C.proc.civ. „Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare”.

Prin urmare, intervenientul consideră că este indubitabil faptul că, în calitate de Ofertant câștigător, a cărui ofertă a fost clasată pe primul loc, în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAE, justifică un interes deplin pentru ca rezultatul procedurii să fie menținut.

În consecință, în condițiile în care interesul său în cadrul procedurii de atribuire este constituit de folosul practic al adjudecării contractului de achiziție publică, folos care este realizabil prin menținerea ca temeinice și legale a actelor Entității contractante, intervenientul susține că este evident că, în cadrul dosarului dedus soluționării de către Consiliu, poate justifica un interes real pentru a formula Cererea de intervenție. În plus, intervenientul subliniază și faptul că, principiul liberului acces la justiție, statuat atât în cuprinsul prevederilor art. 24 din Constituție, cât și în reglementarea CEDO (art. 6 alin. 1), instituie cadrul legal prin care poate să își protejeze interesele și să prevină o eventuală vătămare în drepturi ce s-ar produce prin admiterea Contestației.

Astfel, în soluționare, Consiliul poate constata că își justifică interesul invocând calitatea sa de ofertant câștigător al procedurii.

Analizând susținerile din cuprinsul Cererii de intervenție prin prisma documentelor probatorii aflate la dosarul Cauzei, intervenientul apreciază că, Consiliul poate constata că, în Raportului procedurii de atribuire, cu nr. 6.12/18.05.2021 și Comunicării rezultatului procedurii, cu nr. SAch nr. 1381/10.06.2021, s-a desemnat ca fiind câștigătoarea procedurii oferta depusă de Asocieria SRL și SRL.

Prin urmare, Consiliul poate observa că interesul său în formularea Cererii de intervenție este născut și actual, având în vedere că, la momentul de față este ofertant admisibil și câștigător, urmând, pe cale de consecință, ca cererea să fie încuviințată, în principiu.

Având în vedere toate considerentele expuse anterior, în mod exhaustiv, solicităm admiterea, în principiu, a Cererii de intervenție și, în consecință, introducerea sa, în calitate de Intervenient, în dosarul CNSC nr. - C10, având ca obiect contestația formulată de SRL.

II. Detalierea motivelor pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată

Intervenientul apreciem că, în prezentul caz, în mod corect, Autoritatea contractantă a apreciat că este vorba despre existența unui conflict de interese, având în vedere următoarele motive pe care le va prezenta, exhaustiv, în cele ce urmează.

Cu titlu preliminar, precizează faptul că, în prezentul caz, ofertantul exclus este SRL.

Astfel, din informațiile existente în certificatele constatatoare, rezultă următoarele:

1) În cadrul societății SRL (Ofertant), așa cum rezultă din Raportul eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului, cu nr. 1299506/30.06.2021 (Anexa nr. 1 - extras), au calitatea de acționari:

Asociați persoane juridice: SA - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 99,9%.

Asociați persoane fizice:: 0,1%.

2) În cadrul SA, așa cum rezultă din Raportul eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului, cu nr. (Anexa nr. 2 - extras), au calitatea de acționari:

- ... - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 3,5443%.

- - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 42,6916%.

- S.A. - cu o cotă

de participare la beneficii și pierderi: 10%.

- - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 13,7641%.

- SRL - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 30%.

3) În cadrul societății SRL (subcontractant declarat în prezenta procedură), așa cum rezultă din Raportul eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului, cu nr. (Anexa nr. 3 - anexă), are calitatea de asociat unic:

- SA - asociat unic, cu o cotă de participare la beneficii și pierderi 100%.

În acest sens, intervenientul apreciază că, tocmai calitatea de acționar a entității contractante în cadrul SRL, care reprezintă reprezentantul ofertantului (..... SRL) reprezintă o situație potențial generatoare de conflict de interese de natură să conducă la excluderea societății SRL, ofertant.

Intervenientul apreciază că aceste susțineri trebuie analizate în raport cu dispozițiile Legii nr. 99/2016, respectiv:

Art. 71. „Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, entitatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni', identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici.”

Art. 72. „În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înțelege orice situație în care personalul entității contractante sau al unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele entității contractante care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența 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 imparțialitatea sau independența lor în contextul procedurii de atribuire.”

Art. 73. „(1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 72, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:

d) situația în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terțul susținător are drept membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care

sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul entității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire;

(2) în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), prin acționar sau asociat semnificativ se înțelege persoana care exercită drepturi aferente unor acțiuni care, cu mult mai târziu, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social sau îi conferă deținătorului cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală.”

În primul rând, intervenientul consideră că Consiliul trebuie să rețină că situațiile potențial generatoare de conflict de interese au fost enunțate cu titlu exemplificativ de dispozițiile legale.

În cazul de față SA are în consiliul de administrație un reprezentant al entității contractante, întrucât SA este acționar în cadrul SA, iar SA este acționar majoritar atât în cadrul ofertantului SRL, cât și în cadrul subcontractantului SRL.

Cu alte cuvinte, intervenientul susține că, în mod corect, Entitatea contractantă a reținut că, există identificată o situație de conflict de interese privind ofertantul SRL, orice decizie la nivelul organului de conducere al Ofertantului (și al subcontractantului declarat) fiind luată de către reprezentantul SA, la care Entitatea contractantă este acționar semnificativ, astfel încât era imperios necesar să facă aplicarea dispozițiilor art. 75 alin. (3), coroborate cu dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016.

În lumina celor prezentate, intervenientul apreciază că, în prezentul caz există relații comerciale și interes comercial al Entității contractante față de operatorul economic SRL, orice acționar al unei societăți comerciale urmărind obținerea de profit în derularea activității sale.

Intervenientul consideră că nu sunt relevante aspectele referitoare la persoana/persoanele cu funcții de conducere din cadrul ofertantului, invocate de către Contestatoare, întrucât nu aceasta/acestea este/sunt persoana/persoanele aflată/aflate în conflict de interese, ci persoanele cu funcții de decizie din cadrul Entității contractante, ... SA, având Interes să câștige, în fapt SRL

Mai mult, se poate presupune că, însăși Entitatea contractantă, având un interes financiar, ar urmări obținerea contractului de achiziție publică de către SRL, cu subcontractant SRL, în condițiile în care obținerea contractului ar conduce la creșterea veniturilor SA, adică inclusiv la creșterea veniturilor Entității contractante.

În opinia sa, este indubitabil că, reprezentantul Entității contractante în consiliul de administrație al SA, societate care este acționar semnificativ în cadrul ofertantului, va acționa sub directă îndrumare a persoanelor cu funcție de decizie din cadrul entității contractante, urmărind desigur obținerea unor contracte, care ar aduce profit societății comerciale la care entitatea este acționar.

În considerarea celor prezentate, intervenientul apreciază că, ... SRL, cu subcontractantul SRL, se află într-o situație potențial

generatoare de conflict de interese, astfel că Entitatea contractantă, în mod corect, a făcut aplicarea dispozițiilor art. 75 alin. (3) coroborate cu dispozițiile art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016.

În susținerea celor prezentate, intervenientul invocă cu titlu de jurisprudență și Decizia cu nr. din 08.10.2021, din cadrul căreia anexează un extras, decizie prin care Consiliul a dezbătut aspectul conflictului de interese cu privire la aceeași entitate contractantă și același operator economic SA, societate care este acționar majoritar atât în cadrul ofertantului exclus - SRL, cât și în cadrul subcontractantului SRL (Anexa nr. 4)

În probațiune, au fost anexate, în copie:

- Extras Raport eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului pentru SRL.

- Extras Raport eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului pentru SA. –

- Extras Raport eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului pentru SRL.

- Extras Decizie CNSC.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat studiu dosarului aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, precum și fotocopierea documentelor necesare.

Cu adresa nr....., înregistrată la CNSC cu nr. intervenientul a formulat concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de SRL, ca fiind nefondată.

Intervenientul a reiterat faptul că, în prezentul caz, în mod corect, Entitatea contractantă a apreciat că este vorba despre existența unui conflict de interese.

Așadar, astfel cum reține și Entitatea contractantă, prin Procesul verbal intermediar nr. 6.6/10.03.2021 și astfel cum rezultă, inclusiv, din documentele existente la dosarul achiziției, decizia în cadrul organului de conducere al ofertantului îi aparține de fapt reprezentantului asociatului majoritar, ... SA, ca un rezultat al deținerii a 99,9% din părțile sociale, indiferent de faptul că asociatul persoana fizică îndeplinește funcția de Director general adjunct, aceasta neputând influența decizia, fiind asociat cu doar 0,1%.

Cu alte cuvinte, astfel cum a concluzionat și Autoritatea contractantă, decizia în cadrul organului, de conducere al ofertantului îi aparține de fapt, în totalitate, reprezentantului asociatului unic, ... SA, drept ce derivă din deținerea a 100% din părțile sociale.

În considerarea celor prezentate, în fapt, în această procedură, deși ofertant este, având subcontractant SRL, practic, intervenientul susține că orice decizie la nivelul organului de conducere în cadrul ofertantului (și al subcontractantului declarat), este luată de către reprezentantul SA. Mai mult, intervenientul arată, după cum se poate observa, că SA are în Consiliul de administrație un reprezentant al entității contractante, întrucât SA este acționar

semnificativ (cf. art. 73, alin. 2 din Legea nr. 99/2016) în cadrul
..... SA, cu un procent de 10%.

Altfel spus, într-adevăr SA nu are calitatea de ofertant, însă, de fapt, orice decizie la nivelul organului de conducere în cadrul Ofertantului (și al subcontractantului declarat) este luată de către reprezentantul SA.

De asemenea, intervenientul apreciază, astfel cum se învederează din cele prezentate, că situația detaliată anterior poate fi percepută ca fiind de natură a compromite imparțialitatea sau independența în derularea procedurii de atribuire, fiind un veritabil conflict de interese, având în vedere că se poate presupune că, însăși Entitatea contractantă ar urmări obținerea contractului de achiziție de către ofertantul SA, luând în considerare că obținerea acestui contract ar conduce la creșterea implicită a veniturilor SA, la care Entitatea contractantă este acționar semnificativ.

Așadar, intervenientul învederează faptul că, Entitatea contractantă i-a solicitat ofertantului transmiterea punctului de vedere, în conformitate cu dispozițiile art. 75 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la Punctul de vedere transmis de ofertant cu nr. ..., intervenientul evidențiază aspectul potrivit căruia nu sunt relevante susținerile referitoare la persoanele cu funcții de conducere din cadrul ofertantului, invocate de către acesta, întrucât, astfel cum a ilustrat anterior nu acestea sunt persoanele aflate în conflict de interese, ci persoanele cu funcții de decizie din cadrul Entității contractante, ... SA, având interes să câștige, în fapt, ... SA, la care deține 10% din acțiuni.

Mai mult, intervenientul arată, astfel cum se poate constata, că prin Cererea de intervenție a invocat Decizia cu nr. din 08.10.2021, din cadrul căreia a anexat un extras, decizie prin care Consiliul a dezbătut aspectul conflictului de interese cu privire la aceeași entitate contractantă și același operator economic SA, societate care este acționar majoritar atât în cadrul ofertantului exclus - SRL, cât și în cadrul subcontractantului SRL. Suplimentar, intervenientul precizează că Decizia cu nr. din 08.10.2021 a rămas definitivă prin Decizia civilă nr. 6386 din 18 noiembrie 2018, din cadrul căreia anexează un extras, astfel: „Referitor la susținerea că nu s-ar fi analizat posibilitatea înlăturării conflictului prin măsuri mai puțin drastice decât excluderea din procedură, Curtea o apreciază ca neîntemeiată, întrucât față de faptul că conflictul de interese a fost determinat de situația entității contractante care deținea 10% din capitalul social al ofertantului asociat și avea un reprezentant în consiliul de administrație al acestui ofertant, situație ce nu poate fi schimbată în perioada relativ scurtă în care trebuie să se desfășoare procedura de achiziție, rezultă că nu era posibilă adoptarea de măsuri care să ducă la eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese.”

În susținere, a fost anexat Extras Decizie civilă nr. 6386 din 18 noiembrie 2018.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect: „Servicii de curățenie, salubritate și colectare selectivă în spațiile aferente terminalelor de pasageri și curățenie stradală, la punctul de lucru AIBB – AV”, în referire la Lotul 1 „Servicii de curățenie, salubritate și colectare selectivă în spațiile aferente terminalelor de pasageri - zone publice și restricționate: Sali publice, grupuri sanitare, birouri, alte spații (filter, ghișee, depozite, magazine, spații tehnice, ateliere, vestiare, trotuare/peroane, porți îmbarcare, etc)”, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare nr., criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii, au depus ofertă pentru lotul 1 contestat, 3 operatori economici, printre care și contestatorul S.R.L., ce au fost accesate, în SEAP, în data de 18.01.2021, ora 15:00, la sediul autorității contractante.

Prin raportul procedurii nr. 6.12/18.05.2021, entitatea contractantă a declarat, pentru lotul 1, drept câștigătoare oferta depusă de Asocieria formată din SRL și SRL, având un preț de 2.879.746,76 EURO, exclusiv TVA, iar oferta depusă de S.R.L., a fost respinsă ca inacceptabilă/ neconformă/neadecvată și a exclus oferta în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016 .

Împotriva rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii nr. nr. 6.12/18.05.2021, în referire la lotul 1, comunicat prin adresa SAch nr.1382/10.06.2021, ... S.R.L a depus contestația care formează obiectul dosarului nr.

Preliminar analizării criticilor din cuprinsul contestației, Consiliul urmează să analizeze admisibilitatea de principiu a cererii de intervenție formulată de Asocieria formată din SRL și SRL.

Conform art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii [nr. 134/2010](#) privind [Codul de procedură civilă](#), republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației”.*

Potrivit Codului de procedură civilă, ale cărui prevederi completează dispozițiile Legii nr. 101/2016, potrivit art. 68 din acest act normativ, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. La art. 64 din cod se

menționează că instanța trebuie să se pronunțe asupra admisibilității în principiu a intervenției.

Totodată același act normativ mai dispune că:

Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;
- b) are calitate procesuală;
- c) formulează o pretenție;
- d) justifică un interes.

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

În analiza cererii de intervenție este necesară identificarea existenței interesului determinat, legitim, personal, născut și actual al autorului, de care depinde admiterea în principiu a cererii sale de intervenție.

Astfel, în soluționare, Consiliul constată că Asocierea formată din SRL și SRL își justifică interesul invocând calitatea sa de ofertant câștigător al procedurii.

Analizând susținerile din cuprinsul cererii de intervenție prin prisma documentelor probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că în raportul procedurii de atribuire - lot I, înregistrat sub nr. 6.12/18.05.2021 s-a desemnat ca fiind câștigătoarea procedurii oferta depusă de Asocierea formată din SRL și SRL.

Astfel, Consiliul constată că interesul asocierii formată din SRL și SRL în formularea cererii de intervenție este născut și actual, având în vedere că acesta, la momentul de față, este ofertant admisibil și câștigător, urmând, pe cale de consecință, ca cererea sa să fie încuviințată, în principiu.

Pe fond, se reține că S.R.L. critică în cuprinsul contestației excluderea ofertei sale la lotul 1 de către entitatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016, excluderea fiind motivată prin faptul că a fost identificat un potențial conflict de interese.

Din verificarea documentelor aflate la dosar, se reține că entitatea contractantă a identificat o situație potențial generatoare de conflict de interese în sensul dispozițiilor art. 71 și art. 72 din Legea nr. 99/2016, sens în care a întreprins demersurile necesare și a prezentat acestuia motivele care sunt de natură a duce la un conflict de interese, solicitându-i punctul de vedere față de respectiva situație, prin adresa SAch nr. 533/25.02.2021, la care a primit răspuns, prin adresa nr. 383/04.03.2021.

În opinia Consiliului, contrar susținerilor contestatoarei, entitatea contractantă a respectat, cu privire la adresa SAch nr. 533/25.02.2021, dispozițiile art. 75 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, motivând posibila situație generatoare de conflict de interese prin invocarea dispozițiilor legale aplicabile și enumerarea documentelor care

au condus la această situație; însă răspunsul acestuia nu a lămurit niciun situația.

Astfel, din informațiile existente în certificatele constatatoare rezultă următoarele:

1) În cadrul societății SRL (oferant în prezenta cauză), așa cum rezultă din Certificatul Constatator nr. 30013/14.01.2021 eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului au calitatea de acționari:

- Asociați persoane juridice: SA - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 99,9%.

- Asociați persoane fizice:: 0,1%.

2) În cadrul SA, așa cum rezultă din Certificatul eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului nr. ... au calitatea de acționari:

- ... - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 3,5443%.

- - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 42,6916%.

- S.A. - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 10%.

- - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 13,7641%.

- SRL - cu o cotă de participare la beneficii și pierderi: 30%.

3) În cadrul societății SRL (subcontractant declarat în prezenta procedură), așa cum rezultă din Certificatul Constatator eliberat de Oficiul Național al Registrului Comerțului nr. ... are calitatea de asociat unic:

- SA - asociat unic, cu o cotă de participare la beneficii și pierderi 100%.

Prin urmare, ... SA (unde entitatea contractantă deține o cotă de 10%) are o cotă de participare la beneficii și pierderi de 99,9% în cadrul societății SRL (oferant în prezenta cauză) și este acționar unic al subcontractantului SRL declarat de ofertant.

Potrivit dispozițiilor legale aplicabile din Legea nr. 99/2016:

„Art. 71. - Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, entitatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici.

*Art. 72. - În sensul prezentei legi, prin **conflict de interese** se înțelege **orice situație în care personalul entității contractante sau al unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele entității contractante care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența 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 imparțialitatea sau independența** lor în contextul procedurii de atribuire.*

- art. 73 alin. (1) lit. d) și alin.(2) – „Reprezintă **situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații** care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 72, cum ar fi următoarele, **reglementate cu titlu exemplificativ**:

(...)

d) situația în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terțul susținător are drept membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul entității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire;

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), prin acționar sau asociat semnificativ se înțelege persoana care exercită drepturi aferente unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social sau îi conferă deținătorului cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală.

În primul rând, Consiliul reține că situațiile potențial generatoare de conflict de interese au fost enunțate cu titlu exemplificativ de dispozițiile legale.

Prin urmare, în opinia Consiliului, există relații comerciale și interes comercial al entității contractante față de operatorul economic SA - acționar 99,9% în cadrul ofertantului S.R.L. - orice acționar al unei societăți comerciale urmărind obținerea de profit în derularea activității sale.

Se poate presupune că însăși entitatea contractantă, având un interes financiar, ar urmări obținerea contractului de achiziție publică de către SA - acționar 99,9% în cadrul ofertantului S.R.L. - în condițiile în care obținerea contractului ar conduce la creșterea veniturilor la care aceasta este acționar. O astfel de situație poate fi percepută ca fiind de natură a compromite imparțialitatea sau independența în derularea procedurii de atribuire.

În mod evident, ofertantul va acționa sub directă îndrumare a persoanelor cu funcție de decizie din cadrul entității contractante, urmărind desigur obținerea unor contracte care ar aduce profit societății comerciale la care entitatea este acționar.

În consecință, Consiliul apreciază că S.R.L. se află într-o situație potențial generatoare de conflict de interese, astfel că entitatea contractantă trebuie să facă aplicarea dispozițiilor art.75 alin. (3) coroborate cu dispozițiile art. 180 alin. (1) lit.e) din Legea nr.99/2016.

În acest sens sunt și cele cuprinse în Decizia Consiliului cu nr. /08.10.2021, prin care Consiliul a dezbătut aspectul conflictului de interese cu privire la aceiași entitate contractantă și același operator economic, respectiv SA - societate care este acționar majoritar atât în cadrul ofertantului exclus - SRL, cât și în cadrul subcontractantului SRL.

Mai mult, Decizia nr. /08.10.2021 a rămas definitivă prin Decizia civilă nr. emisă de Curtea de Apel, prin care s-a precizat că: „Referitor la susținerea că nu s-ar fi analizat posibilitatea înlăturării conflictului prin măsuri mai puțin drastice decât excluderea din procedură, Curtea o apreciază ca neîntemeiată, întrucât față de faptul că conflictul de interese a fost determinat de situația entității contractante care deținea 10% din capitalul social al ofertantului asociat și avea un

reprezentant în consiliul de administrație al acestui ofertant, situație ce nu poate fi schimbată în perioada relativ scurtă în care trebuie să se desfășoare procedura de achiziție, rezultă că nu era posibilă adoptarea de măsuri care să ducă la eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese.”

Se poate presupune că însăși entitatea contractantă ar urmări obținerea contractului de achiziție de către ofertantul SA, luând în considerare că obținerea acestui contract ar conduce la creșterea implicită a veniturilor SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ.

alin. (3) Astfel, entitatea contractantă a concluzionat că orice decizie la nivelul organului de conducere al ofertantului (și al subcontractantului declarant) este luată de către reprezentantul SA, la care entitatea contractantă S.A. este acționar semnificativ, sens în care, a făcut aplicarea dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia: „(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) e) se află într-o situație de conflict de interese în cadrul sau/în legătură cu procedura în cauză, iar această situație nu poate fi remediată în mod efectiv prin alte măsuri mai puțin severe, prevăzute la art. 75 alin. (3)”.

Prin urmare, în mod corect entitatea contractantă a identificat o situație potențială de conflict de interese cu privire la ofertantul SC SRL, orice decizie la nivelul organului de conducere al ofertantului și al subcontractantului fiind luată de către SA, la care entitatea contractantă este acționar semnificativ.

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod corect entitatea contractantă a exclus oferta depusă de S.R.L. la lotul 1 în temeiul art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016.

Pe cale de consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de S.R.L. în contradictoriu cu SA.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) coroborat cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de Asocieria formată din SRL și SRL .

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de S.R.L. în contradictoriu cu SA.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) coroborat cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată Asocieria formată din SRL și SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.