

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 65998/04.12.2023, formulată de, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin Președinte Consiliu de Administrație -, cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la, situat în, împotriva adresei nr. 19911/22.11.2023, reprezentând rezultatul procedurii de atribuire, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

„ (1) Admiterea contestației și pe cale de consecință:

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta subscrisei a fost exclusă din procedura de atribuire în baza art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;*

- anularea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă care au stat la baza deciziei de excludere a subscrisei din procedura de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, precum și a actelor subsecvente;*

- reluarea procedurii de atribuire prin continuarea evaluării ofertei noastre în conformitate cu cele ce vor fi dispuse prin decizia ce urmează să fie pronunțată de Consiliu.*

(2) În temeiul prevederilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, solicităm obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații”.

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 critică adresa nr. 19911/22.11.2023, reprezentând

comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric cu privire la modul de desfășurare al procedurii de atribuire, precizând că, prin adresa nr. 19047/08.11.2023, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că Autoritatea Națională pentru Integritate a emis un avertisment cu privire la existența unui potențial conflict de interese, și anume dl., consilier județean nominalizat expres în această calitate în Declarația privind persoanele cu funcții de decizie din cadrul autorității contractante, ar avea un interes personal care îi poate influența îndeplinirea cu obiectivitate a atribuțiilor, interes generat de faptul că soția sus-numitului, dna., este cenzor în cadrul societății

De asemenea, arată contestatorul, tot prin intermediul adresei nr. 19047/08.11.2023, autoritatea contractantă i-a solicitat un punct de vedere cu privire la posibila situație de conflict de interese sesizată de ANI, la care societatea sa a răspuns prin adresa nr. 1924/10.11.2023, precizând că nu există o situație generatoare de conflict de interese, așa cum indică prevederile art. 59 din Legea nr. 98/2016, întrucât pe de o parte, dl. nu este o persoană cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante, iar, pe de altă parte, cenzorul nu este membru al organului de supraveghere al unei societăți comerciale.

Mai mult, tot prin punctul de vedere transmis, contestatorul a arătat că, din rațiuni de prudență, a procedat la revocarea d-nei din funcția de cenzor al societății, depunând hotărârea adunării generale a acționarilor și dovada înregistrării acesteia la Registrul Comerțului.

Cu toate acestea, potrivit contestatorului, autoritatea contractantă nu a fost de acord cu punctul de vedere, iar prin adresa nr. 19911/22.11.2023 i-a comunicat excluderea din procedura de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, fără însă să argumenteze în fapt și în drept, de ce s-a impus o astfel de decizie.

În cele ce urmează, contestatorul prezintă argumentele care, în opinia sa, demonstrează că decizia de excludere a societății sale din procedura de atribuire este nelegală, după cum urmează:

1) Dl. - Consilier județean în cadrul nu este o persoană cu funcție de decizie în cadrul autorității contractante care să fie implicată în procedura de atribuire:

Raportat la definiția de la art. 3 alin. (1) pct. 38 lit. II) din Legea nr. 98/2016, precum și la cele explicate de ANAP în Îndrumarul din martie 2017, contestatorul apreciază că persoanele cu funcții de decizie sunt acele persoane din cadrul autorității contractante care adoptă decizii cu privire la organizarea, derularea și finalizarea procedurii de atribuire, respectiv toate persoanele care aprobă/semnează documente emise în legătură cu/sau pentru procedura de atribuire sau care, prin natura activităților desfășurate, pot influența adoptarea unor astfel de decizii.

Potrivit contestatorului, atribuțiile Consiliului județean sunt enumerate în cadrul art. 173 din Codul Administrativ, iar printre acestea *NU* se regăsesc atribuții privind organizarea, derularea și finalizarea unor proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică și nici aprobarea/semnarea unor documente emise în legătură cu sau pentru proceduri de atribuire a unor contracte de achiziție publică.

Prin urmare, consilierii județeni nu se încadrează în definiția persoanelor cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante, reglementată la art. 3 alin. (1) lit. II) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că aceștia dețin doar calitatea de membri ai unui organ colegial-deliberativ și totodată, nu fac parte din aparatul propriu de specialitate al autorității contractante, implicat propriu-zis în procedura de atribuire.

Pe de altă parte, susține contestatorul, simplul fapt ca dl. a fost menționat în documentația de atribuire ca persoană cu funcție de decizie în cadrul autorității contractante nu înseamnă că această persoană dobândește automat calitatea de membru al unui organ decizional al autorității contractante implicat în procedura de atribuire.

Cu titlu de exemplu, contestatorul arată faptul că, autoritatea contractantă a nominalizat ca persoane cu funcție de decizie, un număr de 36 de persoane (1 președinte consiliu județean, 2 vicepreședinți, 30 consilieri județeni, 1 responsabil procedură de atribuire și 1 expert cooptat), însă a omis să nominalizeze în această listă tocmai membrii comisiei de evaluare, persoane care pot, în mod evident, influența rezultatul procedurii de atribuire, cu excepția d-nei - responsabil procedură și a dlui - expert cooptat.

2) Cenzorii unei societăți comerciale nu sunt membrii al organului de supraveghere/supervizare al societății:

Chiar dacă doamna a îndeplinit calitatea de cenzor al, contestatorul este de părere că cenzorii *NU* sunt membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare, motiv pentru care nu este incidentă situația posibil generatoare de conflict de interese prevăzută la art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la aceasta afirmație contestatorul învederează următoarele:

- o societate comercială pe acțiuni, așa cum este, poate fi administrată în două moduri:

- ♦ sistem unitar – unde rolul Consiliului de administrație este diferit: este *organ de administrare și conducere*, când exercită și atribuțiile de conducere, și este *organ de supraveghere și control*, când atribuțiile de conducere sunt delegate directorilor societății;

- ♦ sistem dualist – unde Consiliul de Supraveghere este *organul de supraveghere* al societății, întrucât are ca atribuții exercitarea controlului permanent asupra conducerii societății de către directorat.

- în ceea ce privește cenzorii unei societăți comerciale, aceștia sunt organe de control/supraveghere doar ale gestiunii societății, nu și a activității sau conducerii societății, neavând atribuții de supraveghere și control asupra conducerii și administrării unei societăți pe acțiuni;

- în esență, deși sunt desemnați de Adunarea Generală a Acționarilor/Asociaților, cenzorii și auditorii financiari se bucură de o independență absolută în exercitarea misiunii lor și nu se află în subordinea sau sub controlul societății, a acționarilor/asociaților;

- concluzionând, cenzorii unei societăți comerciale nu sunt membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare, astfel că situația generatoare de conflict de interese prevăzută la art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016 nu este incidentă în prezenta procedură de atribuire.

3) Excluderea unui ofertant în temeiul art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016 se dispune doar atunci când nu pot fi aplicate măsuri mai puțin severe, iar în speță, ... a procedat la revocarea d-nei din funcție:

- din rațiuni de prudență, după primirea adresei nr. 19047/08.11.2023 prin care i s-a solicitat un punct de vedere față de avertismentul emis de ANI, ... a procedat prin Hotărârea Adunării Generale a Acționarilor societății nr. 1907/08.11.2023 la revocarea mandatului cenzorului și numirea altei persoane în această calitate;

- cererea de revocarea a d-nei din funcția de cenzor, însoțită de Hotărârea AGA nr. 1907/08.11.2023 și documentația necesară a fost înregistrată pe rolul Oficiului Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul sub număr dosar 37368/09.11.2023 și a fost soluționată în data de 14.11.2023;

- chiar dacă, din proprie inițiativă, ... a efectuat toate demersurile posibile în vederea înlăturării situației potențial generatoare de conflict de interese, sesizată de ANI și de comisia de evaluare, autoritatea contractantă a dispus excluderea sa din procedura de atribuire, deși era obligată conform dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016 să accepte aplicarea unei măsuri mai puțin severe.

Pentru toate considerentele mai sus expuse, ... solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile legale invocate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 21207/11.12.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 67775/12.12.2023, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă se apără precizând că, prin comisia de evaluare, a luat hotărârea de excludere a

ofertantului, în urma emiterii avertismentului de integritate din data de 06.11.2023, identificator unic 1058, prin care s-a impus excluderea ofertantului candidat pentru evitarea conflictului de interese în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 184/2016, privind instituirea unui mecanism de prevenire a conflictului de interese în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Mai mult, arată că, prin adresa nr. 9456/07.11.2023, ANI a dispus măsuri de remediere ca urmare a avertismentului de integritate, emitând decizia de verificare nr. 9456/07.11.2023, prin care procedura în cauză a fost selectată în vederea exercitării controlului ex-ante cu privire la măsurile de remediere întreprinse ca urmare a primirii avertismentului de integritate.

Potrivit autorității contractante, riscul elaborării și depunerii ofertelor aparține participanților la procedură, iar în situația de față, contestatorul nu a manifestat o atitudine de diligență nici în etapa de ofertare, nici în etapa de analiză a existenței conflictului de interese, determinată de avertizarea primită din partea ANI și confirmată de observatorii ANAP.

Informația contestatorului potrivit căreia „*DI – Consilier Județean în cadrul Consiliului Județean Buzău nu este o persoană cu funcție de decizie în cadrul autorității contractante care să fie implicată în procedura de atribuire*”, nu este, în opinia achizitorului, fundamentată, întrucât domnul apare, în mod clar, în lista de persoane cu funcție de decizie la nivelul instituției, informație cunoscută de la bun început de către contestator, iar pe lângă atribuțiile acestuia de a vota proiectele de hotărâre, bugetele, investițiile inițiate și derulate de către (inclusiv bugetul pentru obiectul de investiții ce face obiectul procedurii de achiziție publică), este și aceea de membru al CTE (comisiei tehnico-economice) prin care se aprobă documentațiile tehnico economice -S.F., PALI, P.T, după caz, adică inclusiv documentația tehnico-economică pentru investiția de față.

Totodată, arată autoritatea contractantă, lipsa de temeinicie a contestației este dovedită și de afirmația conform căreia „*cenzorii unei societăți comerciale nu sunt membri ai organului de supraveghere/supervizare al societății*”, întrucât, conform doctrinei de specialitate *Cenzorii societății reprezintă organul desemnat cu prerogativa supravegherii gestiunii societății, inclusiv cu verificarea legalității situațiilor financiare (...) În exercitarea atribuțiilor lor, cenzorii au dreptul să obțină în fiecare lună de la administratori o situație despre mersul operațiunilor (...).*

Deși în punctul de vedere nr. 1924/10.12.2023 transmis de către contestator, ulterior deciziei de eliminare și a contestației depuse, se afirmă că nu se cunoaște baza legală a eliminării societății, cu toate acestea, susține achizitorul, în contestație se face referire la articolul 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016 și, de asemenea, la decizia de

revocare a doamnei din funcția de cenzor, ceea ce reprezintă o recunoaștere a existenței unui conflict de interese.

Concluzionând, în baza celor mai sus menționate, coroborate cu legislația incidentă, autoritatea contractantă este de părere că, decizia de eliminare a ofertantului este legală și corectă.

Față de cele relatate, ... solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată, iar pe fond menținerea hotărârii comisiei de evaluare, ca temeinică și legală.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 68634/15.12.2023, ... formulează *note de ședință*, în cuprinsul cărora prezintă argumente menite să combată susținerile autorității contractante, expuse în punctul de vedere.

Astfel, raportat la apărările autorității contractante, contestatorul învederează următoarele:

„Comisia de evaluare a luat hotărârea de excludere a subscrisei în urma avertismentului de integritate emis în data de 06.11.2023, identificator unic 1058, prin care s-a impus excluderea ofertantului pentru evitarea conflictului de interese în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 184/2016 privind instituirea unui mecanism de prevenire a conflictului de interese în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică”:

- potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (2) din Legea nr. 184/2016 privind instituirea unui mecanism de prevenire a conflictului de interese, în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, conducătorul autorității contractante/entității care primește avertismentul de integritate este obligat să dispună toate măsurile necesare pentru evitarea conflictului de interese, prin dispunerea de măsuri specifice precum înlocuirea membrului în comisia de evaluare sau excluderea ofertantului, candidatului, ofertantului asociat, subcontractantului sau terțului susținător, aflați într-un potențial conflict de interese;

- este evident că susținerile autorității contractante sunt neîntemeiate, aceasta neavând obligația ca, de îndată ce primește un avertisment de integritate din partea ANI, să dispună excluderea unui operator economic din procedura de atribuire, ci din contră, este obligată să efectueze toate diligențele necesare pentru a stabili dacă situația respectivă reprezintă într-adevăr o situație de conflict de interese (prin transmiterea unei expuneri de motive către ofertant cu solicitarea de a emite un punct de vedere), urmând să se dispună excluderea ofertantului în baza art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, doar dacă nu se pot aplica măsuri mai puțin severe;

- în speța de față, autoritatea contractantă, fără a ține cont de explicațiile furnizate și fără a avea în vedere faptul că s-a procedat, din rațiuni de prudență, la revocarea d-nei din calitatea de cenzor, anterior emiterii deciziei de excludere din procedură, a stabilit că este

incidentă situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

„Agenția Națională pentru Achiziții Publice, prin Adresa nr. 9456/07.11.2023 a dispus măsuri de remediere ca urmare a avertismentului de integritate, emițând decizia de verificare nr. 9456/07.11.2023, prin care procedura în cauză a fost selectată în vederea exercitării controlului ex-ante cu privire la măsurile de remediere întreprinse ca urmare a primirii avertismentului de integritate și totodată, echipa desemnată de ANAP a validat toate diligentele și deciziile luate de autoritatea contractantă”:

- într-adevăr, prin Decizia de verificare nr. 9456/07.11.2023 emisă de ANAP s-a dispus efectuarea unui control ex- ante, în ceea ce privește procedura de atribuire în cauză, care să vizeze verificarea măsurilor de remediere întreprinse de autoritatea contractantă ca urmare a primirii avizului de integritate de la ANI, iar prin Adresa nr. 9456/18299/DGCECMSS/CN105877/10.11.2023 emisă de ANAP s-a solicitat punerea la dispoziție a tuturor documentelor din care rezultă că s-au adoptat măsuri de remediere, însă, autoritatea contractantă nu a depus la dosarul cauzei avizul emis de către ANAP prin care a fost validată măsura de excludere a din procedura de atribuire;

- așadar, contrar celor afirmate de către autoritate, ANAP *NU* a validat diligențele și deciziile luate de autoritatea contractantă în ceea ce privește potențiala situație de conflict de interese sesizată de ANI.

„Riscul elaborării și depunerii ofertelor aparține ofertanților, iar în situația de față, contestatoarea nu a manifestat o atitudine de diligență nici în etapa de ofertare (...), nici în etapa de analiza a existentei conflictului de interese (...), determinată de avertizarea primită din partea ANI și confirmată de observatorii ANAP”:

- contrar susținerilor autorității contractante, ... nu a procedat la revocarea d-nei din funcția de cenzor al societății după comunicarea deciziei de excludere și după data formulării contestației, ci îndată ce a primit Expunerea de motive nr. 19047 din 08.11.2023 și anterior emiterii punctului de vedere cu privire la potențiala situație generatoare de conflict de interese;

- prin apărările formulate, achizitorul încearcă să inducă în eroare Consiliul, afirmând, în mod neîntemeiat, că revocarea d-nei din funcția de cenzor s-a realizat ulterior emiterii deciziei de excludere și ulterior promovării contestației.

„Dl. este o persoană cu funcție de decizie în cadrul autorității contractante, fiind nominalizat în acest sens prin documentația de atribuire, iar pe de altă parte, dl., pe lângă faptul că are atribuții de a vota proiectele de hotărâre, bugetele și investițiile inițiate și derulate de Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 68634/15.12.2023, ... formulează note de ședință, în cuprinsul cărora prezintă argumente menite să combată susținerile autorității contractante, expuse în punctul de vedere.

, este și membru al CTE (comisia tehnico-economică) care aprobă documentațiile tehnico-economice, inclusiv documentația vizând procedura de față”:

- din moment ce atribuțiile Consiliului Județean sunt enumerate în cadrul art. 173 din Codul administrativ, iar printre acestea nu se regăsesc atribuții privind organizarea, derularea și finalizarea unor proceduri de atribuire a unor contracte de achiziție publică și nici aprobarea/semnarea unor documente emise în legătură cu sau pentru proceduri de atribuire a unor contracte de achiziție publică, dl., în calitate de consilier județean, nu reprezintă o persoană cu funcție de decizie pentru procedura în discuție, chiar dacă a fost nominalizat, în acest sens, în cadrul documentației de atribuire;

- deciziile pe care le poate lua Comisia Tehnico-Economică nu vizează organizarea, derularea și finalizarea procedurii de atribuire, ci vizează aprobarea unor documentații tehnico-economice care se întocmesc anterior demarării unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică;

- în plus, exprimarea unui vot de aprobare a unei documentații tehnico-economice de către un consilier județean care este membru al CTE (în speța de față, o documentație de avizare a lucrărilor de intervenții) nu înseamnă că respectivul consilier județean a deținut informații suplimentare privitoare la procedura de atribuire față de cele publicate de autoritatea contractantă în SEAP și care sunt publice pentru toți ofertanții.

„Cenzorii au prerogative de supraveghere a unei societăți comerciale și totodată, având în vedere că a procedat la revocarea doamnei din funcția de cenzor al societății, a recunoscut pe deplin existența conflictului de interese care a stat la baza deciziei de excludere”:

- cenzorii nu fac parte din organele de supervizare ale societății prevăzute la art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, care supraveghează conducerea sau administrarea societăților, ci sunt organele care controlează gestiunea acestora;

- contrar afirmațiilor achizitorului, prin faptul că a procedat, din rațiuni de prudență, la revocarea d-nei din funcția de cenzor a societății, nu înseamnă că ar fi mărturisit judiciar că, în speța de față, ar exista o situație generatoare de conflict de interese;

- câtă vreme, prin contestație s-a criticat faptul că autoritatea contractantă a dispus în mod eronat excluderea din procedura de atribuire, este evident că nu se poate vorbi de o mărturisire judiciară cu privire la existența unei situații de conflict de interese, reclamată de autoritatea contractantă.

În replică, prin adresa nr. 21980/20.12.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 69648/20.12.2023, ..., formulează un *punct de vedere*, învederând următoarele:

- contestatorul omite să precizeze că a luat decizia de revocare a doamnei tardiv, după ce a primit comunicarea de eliminare și nu o dată cu primirea punctului de vedere solicitat;

- ca efect al avertismentului ANI, membrii comisiei de evaluare au solicitat puncte de vedere persoanelor fizice și juridice vizate și au decis în baza art. 167 din Legea nr. 98/2016, eliminarea contestatorului, ca urmare a existenței unui conflict de interese, întrucât contestatorul a afirmat inițial că nu există niciun conflict de interese, iar ulterior deciziei de eliminare a luat măsura de revocare din funcția de cenzor a doamnei Pitiș;

- de asemenea, comisia de evaluare, a consultat site-ul ANI și a constatat că în declarația de avere a domnului dlui consilier, soția acestuia, ..., figurează ca angajat în calitate de cenzor în cadrul societății începând cu anul 2016 până în prezent;

- reprezentanții ANAP au fost de acord cu măsurile luate de, neexistând niciun aviz, așa cum solicită contestatorul, întrucât speța de față nu vizează un control al procesului de evaluare de oferte, procedura nefăcând obiectul verificării ANAP, efectuându-se doar o verificare punctuală a măsurilor luate în baza avertismentului de integritate primit de la ANI;

- deși afirmă că nu există niciun conflict de interese, revocarea doamnei poate reprezenta a recunoaștere a existenței conflictului, măsura fiind luată însă, tardiv, după decizia de respingere și nu o dată cu punctul de vedere solicitat;

- consilierul județean este persoană cu funcție de decizie de la nivelul autorității contractante, așa cum în mod clar, transparent și asumat se precizează în documentația de atribuire publicată în SEAP.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 69868/21.12.2023, contestatorul formulează *concluzii scrise* prin care, în dezacord cu cele susținute de autoritatea contractantă, reiterează faptul că a procedat la revocarea dnei din funcția de cenzor de îndată ce comisia de evaluare i-a solicitat un punct de vedere, respectiv anterior emiterii deciziei de excludere din procedură și formulării prezentei contestații.

..... a constituit cautiunea în quantum de lei prin recipisa de consemnare nr. din data de 05.12.2023, eliberată de CEC Bank – Sucursala, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 3175/06.12.2023.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea

estimată fiind de lei, fără TVA, cu data de deschidere a ofertelor 04.10.2023.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost depuse 7 oferte, ulterior datei de deschidere comisia de evaluare primind un avertisment de integritate din partea Agenției Naționale de Integritate referitor la oferta depusă de asocierea al cărei lider este, determinat de faptul că dl., factor decizional – consilier județean nominalizat expres în această calitate în Declarația privind persoanele cu funcții de decizie din cadrul entității contractante, are un interes personal care îi poate influența îndeplinirea cu obiectivitate a atribuțiilor, interes generat de faptul că soția acestuia, dna, este cenzor în cadrul, ofertant în cadrul procedurii.

Potrivit procesului-verbal nr. 19283/13.11.2023, comisia de evaluare a constatat că sunt întrunite condițiile privind conflictul de interese și a aprobat excluderea din procedură a asocierii formate de, ca inacceptabilă, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Nemulțumit de această decizie a autorității contractante, ... a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Preliminar, Consiliul reține că adresa de comunicare a deciziei de respingere a ofertei cuprinde atât temeiul de drept în baza căruia a fost adoptată această decizie - art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, cât și motivele de fapt avute în vedere, respectiv conflictul de interese determinat de relația dintre o persoană cu funcție de decizie din cadrul autorității și un cenzor al ofertantului.

Pe fond, examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că diferendul dedus judecății impune, cu prioritate, stabilirea concluziei că situația de fapt semnalată de Agenția Națională pentru Integritate, este aptă de a conduce la existența unui conflict de interese, sancționat cu excluderea din procedura de atribuire a operatorului economic aflat în respectiva situație.

În soluționare, sunt reținute următoarele dispoziții relevante din Legea nr. 98/2016:

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

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;

Art. 58. - Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea 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. 59. - În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înțelege 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.

Art. 60. - (1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 59, 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 afîn 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;

art. 62. - (1) În cazul în care autoritatea contractantă identifică o situație potențial generatoare de conflict de interese în sensul art. 59, 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 autorității contractante, sunt de natură să ducă la un conflict de interese.

(2) În cazul prevăzut la alin. (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 alin. (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 funcții de decizie din cadrul autorității contractante.

Art. 63. - (1) Autoritatea contractantă precizează în documentele achiziției numele persoanelor cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă publică prin mijloace electronice denumirea și datele de identificare ale ofertantului/candidatului/subcontractantului propus/terțului susținător, în termen de maximum 5 zile de la expirarea termenului-limită de depunere a solicitărilor de participare/ofertelor, cu excepția persoanelor fizice, în cazul cărora se publică doar numele.

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

II) persoane cu funcții de decizie - conducătorul autorității contractante, membrii organelor decizionale ale autorității contractante ce au legătură cu procedura de atribuire, precum și orice alte persoane din cadrul autorității contractante ce pot influența conținutul documentelor achiziției și/sau desfășurarea procedurii de atribuire.

În lumina acestor dispoziții, în privința încadrării dlui în categoria persoanelor cu funcții de decizie în cadrul autorității

contractante implicat în procedura de atribuire, pe lângă faptul că acesta apare nominalizat expres în această calitate în informațiile publicate în SEAP, în cadrul anunțului de participare aferent prezentei proceduri, la rubrica Pers cu funcții de decizie din cadrul AC în ceea ce privește organizarea, derularea și finalizarea procedurii de atrib. a acestuia, Consiliul reține și cele învederate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, respectiv că, *pe lângă atribuțiile de a vota proiectele de hotărâre, bugetele, investițiile inițiate și derulate de către (inclusiv bugetul pentru obiectul de investiții ce face obiectul procedurii de achiziție) această persoană este și membru al CTE (comisiei tehnico-economice) prin care se aprobă documentațiile tehnico-economice – SF, DALI, PT, după caz, adică inclusiv documentația tehnico-economică pentru investiția de față.*

Pe cale de consecință, dată fiind poziția și atribuțiile pe care dl. le are în cadrul autorității contractante, Consiliul apreciază că este necesară verificarea existenței unui potențial conflict de interese în ceea ce-l privește.

Analizând situația soției acestuia, se reține că, la momentul depunerii ofertelor, dna avea calitatea de cenzor al liderului asocierii ofertantă, ...

Potrivit dispozițiilor art. 163 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 (r2), Cenzorii sunt obligați să supravegheze gestiunea societății, să verifice dacă situațiile financiare sunt legal întocmite și în concordanță cu registrele, dacă acestea din urmă sunt ținute regulat și dacă evaluarea elementelor patrimoniale s-a făcut conform regulilor stabilite pentru întocmirea și prezentarea situațiilor financiare, așadar au atribuția de supraveghere a gestiunii operatorilor economici, să verifice dacă bilanțul și contul de profituri și pierderi este corect și legal întocmit și în concordanță cu registrele.

Revenind la situațiile încadrate de legislația achizițiilor publice ca fiind apte să conducă la prezența unui conflict de interese, se observă că, printre acestea, se regăsește și cea în care ofertantul asociat are drept membri în cadrul *consiliului de ... supervizare.. persoane care sunt soț/soție... cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante implicat în procedura de atribuire.*

Niciunde legiuitorul nu face vreo diferență privind tipul supervizării, drept care apărarea contestatorului în sensul că cenzorii nu trebuie avuți în vedere la verificarea situațiilor de conflict de interese, nu poate fi primită.

În sensul că cenzorii nu sunt excluși de la aceste verificări stă și *Îndrumarul 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 30 aprilie 2017* - invocat chiar de contestator în susținerea criticilor sale - conform căruia, potrivit *Listei de verificare conflicte de interese în procesul de achiziții publice – Anexa 2* formează obiectul verificării inclusiv situația în care personalul cu funcții de decizie

în procesul de achiziție publică are legătură evidentă (de nume) cu persoane care fac parte din acționariatul / asociații semnificativi / administratorul / cenzorul consiliul de administrație/ organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători, subcontractanți propuși ori contractor/subcontractor (pag. 57).

Față de jurisprudența invocată, Consiliul reține că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, fiecare speță în parte având specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți. Astfel, o hotărâre judecătorească sau o decizie a Consiliului exprimă un raționament juridic strict individualizat în raport cu o situație de fapt determinată și cu argumentele părților litigante, care nu coincid în totalitate cu argumentele ce pot fi invocate în alte cauze cu elemente de similaritate. De aici rezultă și relativitatea raționamentului juridic exprimat printr-o hotărâre judecătorească, care nu exprimă o judecată general valabilă, ci una determinată în funcție de împrejurările speței soluționate și de apărările formulate, ceea ce implică inaplicabilitatea unui astfel de raționament de a fi invocat și în alte spețe.

Concluzionând, se reține că, în mod corect, autoritatea contractantă a apreciat asupra existenței unei situații generatoare de conflict de interese și a întreprins procesul de clarificare al acesteia cu autorul ofertei, în acord cu art. 62 din Legea nr. 98/2016.

Analizând această etapă a evaluării, astfel cum rezultă din probatoriul depus la dosarul cauzei chiar de autoritatea contractantă, Consiliul reține că prin adresa nr. 1924/10.11.2023, de răspuns la cererea de lămuriri primită din partea comisiei de evaluare prin care i se solicita un punct de vedere, contestatorul prezintă o serie de argumente pentru a demonstra că situația de fapt sesizată nu este aptă să conducă la existența unui conflict de interese, comunicând, totodată, autorității faptul că, *din rațiuni de prudență*, a decis revocarea doamnei din funcția de cenzor. Acestui răspuns, ofertantul a anexat Hotărârea AGA a din nr. 1907/08.11.2023, prin care se aprobă revocarea cenzorului, precum și dovada îndeplinirii formalităților de înregistrare a acestei modificări în Registrul Comerțului.

Se mai reține că, ulterior acestui răspuns, comisia de evaluare a emis *procesul-verbal nr. 19283/13.11.2023 privind analizarea emiterii și transmiterii de către Agenția Națională de Integritate a Avertismentului de Integritate din data de 06.11.2023, identificator unic 1058*, prin care a constatat că sunt întrunite condițiile privind conflictul de interese, și a aprobat excluderea din procedură a asocierii al cărei lider este contestatorul în temeiul art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

În soluționare, se observă că, în acest act al comisiei de evaluare apare consemnată doar poziția ofertantului în sensul că nu s-ar afla într-o situație de conflict de interese, lipsind o analiză a măsurilor adoptate de acesta la nivelul societății și aduse la cunoștința autorității prin intermediul răspunsului din data de *10.11.2023*.

Astfel, Consiliul reține că, deși a apreciat asupra incidenței dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, din actele evaluării nu rezultă o analiză a situației și prin prisma dispozițiilor art. 171 din același act normativ, potrivit cu care:

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

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

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

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

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

Astfel, se observă că dispozițiile art. 171, anterior citate, au în vedere toate situațiile de excludere prevăzute de art. 167, deci, inclusiv al celor reglementate de lit.e) reținute în sarcina contestatorului.

Pe cale de consecință, Consiliul constată că analiza ofertei contestatorului nu a fost finalizată, fiind necesar, pentru o evaluare corectă și completă, efectuarea verificărilor și din perspectiva dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, va anula procesul-verbal nr. 19283/13.11.2023, prin care s-a reținut respingerea ofertei contestatorului și actele subsecvente acestuia, și va obliga autoritatea

contractantă la reevaluarea acestei oferte, în acord cu dispozițiile legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

Solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată va fi respinsă, ca nedovedită, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, conform cu care Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației, având în vedere că la dosar nu a fost depusă vreo dovadă a efectuării unor astfel de cheltuieli.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă. Anulează procesul-verbal nr. 19283/13.11.2023, prin care s-a reținut respingerea ofertei contestatorului și actele subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte, în acord cu dispozițiile legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca nedovedită, cererea contestatorului de plată a cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

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