



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 576 / C9 / 364

Data: 09.04.2020

Prin contestația nr. 700/02.03.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 8248/02.03.2020, depusă de asocieria SRL și SC SRL, prin liderul de asociere SRL, cu sediul în, Șoseaua - ..., județul, având CUI RO, număr de înregistrare în Registrul Comerțului, privind procedura simplificată, organizată de JUDEȚUL, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului Servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție „Modernizare DJ 703 Pădureți (DJ 679) – Costești (DN65A), km 48+975 – 59+287, L=10,312 km la Lunca Corbului și Costești”, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), contestatoarea a solicitat Consiliului, în principal, anularea în tot sau în parte a actelor contestate, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă, respectiv anularea procedurii de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actelor atacate (inclusiv pentru încălcarea principiului transparenței prin nepublicarea în SEAP a două avize emise de ANAP) și suspendarea procedurii de atribuire.

Cererea de suspendare a fost respinsă de Consiliu, ca nefondată, prin Încheierea nr. 417/C9/364/04.03.2020.

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 ofertantul SRL critică procesul-verbal nr. 1999/06.02.2020, prin care s-a menținut decizia de excludere din procesul-verbal nr. 14919/23.09.2019 și din procesul-verbal nr. 18749/14.11.2019. De asemenea, critică adresa nr. 3395/27.02.2020 prin care autoritatea contractantă a decis continuarea procedurii de atribuire fără a remedia abaterile constatate de ANAP prin Avizul Conform Condiționat nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020, precum și toate actele subsecvente în legătură cu excluderea sa pe motiv că s-ar afla într-o situație de conflict de interese în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, din următoarele motive:

Inițial, în data de 26.08.2019, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări prin raportare la prevederile art. 60 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, clarificări la care a transmis răspunsul nr. 3640/28.08.2019, în termen și în mod detaliat.

Prin procesul-verbal nr. 14919/23.09.2019, comisia de evaluare, potrivit art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, a exclus-o din procedura de atribuire, considerând că au fost încălcate aceste dispoziții.

De asemenea, tot în acest act, comisia de evaluare a stabilit că asocierea sa este într-o situație potențială generatoare de conflict de interese cu una din persoanele care fac parte din procesul de evaluare a ofertelor.

În urma acestui proces-verbal, ANAP a emis Avizul conform condiționat nr. 9882/1816/SCN1047605/AC/27.09.2019 prin care a constatat că autoritatea contractantă, prin procesul-verbal nr. 14919/23.09.2019, a încălcat legislația, respectiva exclus asocierea SRL – SC SRL „fără a preciza persoana implicată în evaluarea ofertelor aflată în conflict de interese cu ofertantul și fără a pune la dispoziția verficatorilor ex-ante documente suport pe baza deciziei luată”, și a stabilit măsuri.

Astfel, se poate observa că evaluarea comisiei este una eronată, întrucât au fost invocate prevederi legale care nu au relevanță în situația posibilă generatoare de conflict de interese identificată la adresa sa. Asocierea sa nu se află și nu s-a aflat niciodată într-o situație posibilă generatoare de conflict de interese cu una dintre persoanele nominalizate să facă parte din comisia de evaluare a ofertelor așa cum a precizat însăși comisia prin invocarea art. 60 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016.

Ulterior, a urmat o nouă solicitare de clarificări nr. 15909/07.10.2019 raportată la prevederile art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016. Astfel în mod lipsit de legitimitate, autoritatea contractantă încalcă orice măsură stabilită prin Avizul conform condiționat nr. 9882/1816/SCN1047605/AC/ 27.09.2019 și schimbă scopul clarificărilor prin modificarea temeiului de drept al clarificărilor inițiale din art. 60 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, în art. 60 alin. (1) lit. d), măsură

nestabilită prin aviz - Cap. IV pct. 4, în sensul că art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016 nu a fost niciodată invocat în procesul-verbal nr. 14919/23.09.2019. La această solicitare de clarificări, a răspuns prin adresa nr. 4288/09.10.2019 și a justificat pe larg motivul pentru care nu se află în situația posibilă generatoare de conflict de interese prevăzute la art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016 și totodată a transmis și documentele necesare din care să reiasă cele susținute de către asocieri în cadrul răspunsului.

În urma acestor clarificări s-a emis un nou proces-verbal nr. 18749/14.11.2019 prin care comisia de evaluare și-a menținut decizia de excludere (luată prin procesul-verbal nr 14919/23.09.2019) menținând sintagma „o situație potențial generatoare de conflict de interese” care se află în sfera prevenției și nu în sfera sancțiunii.

În acest context, consideră corectă opinia ANAP (din Avizul nr. 9882/17.02.2020 - pct.14), potrivit căreia situația potențial generatoare de conflict de interese poate conduce în cel mai rău caz la eliminarea din procedură a ofertantului doar în situația în care autoritatea contractantă ar dovedi cu informații concrete din caietul de sarcini că ar fi creat un avantaj ofertantului respins cu implicații în influențarea rezultatului procedurii. Ori, autoritatea contractantă nu a prezentat o astfel de dovadă raportată nici la caietul de sarcini și nici la existența vreunui avantaj de care ar fi beneficiat în concret, nu în mod virtual - o sancțiune că excluderea din procedură trebuie să se raporteze la informații detaliate, de genul celor arătate de ANAP și nu la aspecte generale și virtuale preluate din lege.

În urma analizei verificatorilor ex-ante, în data 19.11.2019, aceștia au emis un nou Aviz conform condiționat nr. 9882/2053/SCN1047605/AC/19.11.2019 - nepublicat în SEAP de către autoritatea contractantă și al cărui conținut nu îl cunoaște, prin care, din nou, s-a constatat încălcarea legislației în materia achizițiilor publice și a măsurilor anterioare stabilite prin celelalte avize emise de ANAP.

În urma observațiilor și măsurilor dispuse de ANAP în mod repetat la adresa autorității contractante, aceasta introduce Cererea de conciliere nr. 19180/21.11.2019 inițiind procedura de conciliere potrivit legii.

Prin Decizia de conciliere nr. 39/09.12.2019 ANAP este de acord parțial cu cererea de conciliere.

În plus ANAP informează, prin adresa nr. 14973/12.12.2019, autoritatea contractantă că s-a solicitat un punct de vedere al ANI (Agenția Națională de Integritate) cu privire la situația potențial generatoare de conflict de interese care rezultă din documentele transmise. ANI răspunde ANAP cu adresa nr. 600/13.01.2020 prin care se arată că: „situația prezentată de dumneavoastră nu reprezintă un conflict de interese potrivit Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare”.

În data 13.12.2019, verificatorii ex-ante au emis un nou Aviz conform condiționat nr. 9882/2159/SCN1047605/AC/13.12.2019 -

nepublicat în SEAP de către autoritatea contractantă și al cărui conținut nu îl cunoaște.

Prin acest aviz s-au constatat din nou abateri și s-au dispus măsuri așa cum sunt ele preluate în avizul din 27.02.2020. Printre aceste măsuri se numără și aceea potrivit căreia „solicitarea de clarificări trebuie să se refere la implicarea/neimplicarea sa în procedura de atribuire și/sau la modul în care a avut acces la informațiile referitoare la acesta, anterior publicării anunțului de participare de natura a facilita un avantaj în comparație cu ceilalți ofertanți. În acest sens urmând a fi analizate și aspecte legate de perioada stabilită de autoritatea contractantă pentru elaborarea ofertelor, complexitatea acestora, prin raportare la informațiile ce trebuie incluse în propunerile tehnice, și altele de asemenea”.

A urmat o nouă solicitare de clarificări în data de 21.01.2020 raportată la prevederile art. 62 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 modificată în fond și formă față de cerințele ANAP, astfel solicitarea de clarificări trebuia să se refere la „implicarea/neimplicarea în calitate de director tehnic în procedura de atribuire și/sau la modul în care a avut acces la informațiile referitoare la acesta, anterior publicării anunțului de participare de natura a facilita un avantaj în competiție cu ceilalți operatori economici”.

Astfel, solicitările de clarificare la care s-a angajat autoritatea contractantă în procedura de conciliere au suferit modificări substanțiale menite să schimbe sensul și fondul clarificărilor, astfel:

- a introdus implicarea lui în calitatea de director tehnic în procedura de atribuire, deși prin Decizia de conciliere ANAP se refera la ofertant SRL și nicidecum la persoana lui, aspecte ce ar fi trebuit să fie supuse verificării;
- a schimbat sintagmele „în comparație” cu „în competiție” și „ofertanți” cu „operatori economici”, modificând substanțial scopul urmărit de către ANAP și autoritatea contractantă prin decizia de conciliere;
- a eliminat din solicitarea de clarificare impusă de ANAP teza finală așa cum este arătată mai sus în vederea analizării aspectelor precizate.

Toate aceste modificări sunt nelegitime întrucât sunt efectuate fără autorizarea ANAP, scoțând în evidență lipsa de imparțialitate și atitudinea conflictuală față de SRL.

Cu toate aceste aspecte, contestatoarea susține că a răspuns solicitărilor, aducând răspunsuri clare care susțin punctul de vedere al ANI (adresa nr. 600/13.01.2020) potrivit căruia situația prezentată nu reprezintă un conflict de interese.

Totuși, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a emis procesul-verbal nr. 1999/06.02.2019 prin care își menține decizia de excludere din procedură a ofertei asocierii SRL – SC SRL, în baza art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, și a respins-o în baza art. 137 alin. (1) din același act normativ.

Prin Avizul conform condiționat nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020, ANAP constată din nou abateri de la legislația în domeniul achizițiilor publice (pct. 1.2. subpct. 2) și dispune măsuri potrivit pct. 3

atrăgând atenția că în cazul în care autoritatea contractantă decide continuarea procedurii fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă, devin incidente prevederile art. 14 alin. (3) - (4) coroborat cu prevederile art. 25 din OUG nr. 98/2017, urmând ca decizia luată de către autoritatea contractantă să fie comunicată ANAP în termen de o zi lucrătoare.

În data de 27.02.2020, autoritatea contractantă a emis adresa nr. 3395, prin care a decis continuarea procedurii de atribuire a contractului fără a remedia abaterile din Avizul conform condiționat nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020, asumându-și responsabilitatea asupra conținutului actului administrativ.

În detaliu, contestatoarea precizează că, ulterior depunerii ofertelor, autoritatea contractantă a adresat nu mai puțin de trei solicitări de clarificări cu privire la conflictul de interese, respectiv:

- prima solicitare de clarificări cu privire la «conflictul de interese», a fost raportată la prevederile art. 60 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016;
- cea de-a doua solicitare de clarificări cu privire la «conflictul de interese» a fost raportată la prevederile art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea 98/2016;
- cea de-a treia solicitare de clarificări cu privire la «conflictul de interese» a fost raportată la prevederile art. 62 alin. (2) din Legea 98/2016.

Ca răspuns la ultima solicitare de clarificări a retransmis autorității contractante dovezile că:

- a ocupat funcția de director tehnic în cadrul societății anterior depunerii ofertei în cadrul prezentei proceduri, nefiind membru în consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare și nici nu a avut calitatea de asociat sau acționar în cadrul său;
- în calitate de director tehnic, ... nu a avut nicio implicare în cadrul întocmirii ofertelor pe care SC SRL le-a depus în cadrul procedurilor de atribuire la care societatea sa a participat; conform fișei postului, în perioada când a ocupat funcția de director tehnic, deci anterior depunerii ofertei în cadrul procedurii, ... avea atribuții exclusiv aferente activității de producție, deci derularea contractelor, ulterior încheierii acestora;
- SRL nu a beneficiat de informații suplimentare în raport de ceilalți operatori economici participanți la procedură, prin caietul de sarcini semnat și de Carmen Marilena, fiind un document public, acesta nu a fost contestat de niciun operator economic.

Din conținutul Avizului conform condiționat al ANAP a observat, la pag. 5, argumentul eronat al comisiei de evaluare potrivit căruia „nu mai este posibil adoptarea unor astfel de măsuri de natură a elimina circumstanțele care l-au generat - fiind exclusă elaborarea altui caiet de sarcini de către un alt funcționar public, or nedepunerea ofertei din partea operatorului economic SC SRL, prin urmare comisia de evaluare decide ca, pentru respectarea principiilor imparțialității, transparenței, egalității de tratament și/sau nediscriminării, singura măsură ce poate fi adoptată în baza art. 62 alin. (3) teza a doua din Legea nr. 98/2016 să fie eliminarea din cadrul procedurii a ofertantului SC

..... SRL, aflat, la data conflictului de interese, în relație indirectă cu o persoană cu funcție de decizie (în înțelesul art. 3 lit. II) din Lege, din cadrul autorității contractante, persoana menționată de altfel, în documentația de atribuire."

Astfel, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă se limitează numai la a enunța aspecte generale prevăzute de legislație cu privire la „conflictul de interese”, fără însă a demonstra și argumenta, în mod concret, motivele reale prin raportare la dispozițiile legale.

De altfel, inconsecvența autorității contractante în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL – SC SRL rezultă și din constatările ANAP, autoritatea contractantă limitându-se la a enunța aspecte generale prevăzute de legislație cu privire la „conflictul de interese”, fără însă a demonstra și argumenta, în mod concret, spre exemplu, motivele pentru care SRL „ar putea avea un interes de natură să-i afecteze imparțialitatea pe parcursul procesului de verificare/evaluare”, prin raportare la dispozițiile legale.

În ceea ce privește excluderea ofertei sale, menționează că a luat la cunoștință din Avizul conform condiționat nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/ 17.02.2020, emis de ANAP, în care este menționat că, prin procesul-verbal nr. 1999/ 06.02.2019, oferta sa a fost exclusă din procedura de atribuire în baza art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, și respinsă în baza art. 137 alin. (1) din același act normativ.

Așa cum a arătat prin răspunsurile date, ... SRL a întreprins toate măsurile necesare pentru a se evita situațiile potențial generatoare de conflict de interese, astfel cum pot fi acestea identificate la art. 60 din Legea nr. 98/2016 și a decis neimplicarea lui , sub nici o formă, în întocmirea ofertei (calificare, financiar, tehnic) pentru prezenta procedură.

Mai mult, în condițiile în care Agenția Națională de Integritate a stabilit că: „Din cele expuse de dumneavoastră prin interpretarea sistematică a dispozițiilor legale incidente, având în vedere că în situația respectivă sistemul PREVENT nu a furnizat un avertisment de integritate, opinăm că situația prezentată de dumneavoastră nu reprezintă un conflict de interese potrivit Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare”, consideră că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu trebuia să-și depășească atribuțiile instituite în sarcina sa, potrivit prevederilor art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Astfel, autoritatea contractantă a decis continuarea procedurii încălcând obligația prevăzută la art. 168 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv documentul emis de ANI.

Solicită Consiliului să constate că nu au fost aplicate de către autoritatea contractantă prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016,.

Totodată, susține că având în vedere că în decizia de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a făcut dovada faptului că răspunsurile sale sunt neconcludente, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, fiind exclusă din procedură, în mod nelegal.

În finalul contestației, solicită accesul la dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 4104/09.03.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 9276/09.03.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SRL

JUDEȚUL, prin punctul său de vedere, invocă excepția prematurității introducerii contestației formulate de SRL, întrucât:

- este formulată de către asocieria SRL – SC SRL, prin lider, împotriva unor acte care fac parte/sunt întocmite/emise fie de comisia de evaluare, fie de autoritatea contractantă, în cadrul etapei procesului de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire în cauză, iar nu în etapa de stabilire și comunicare a rezultatului procedurii; în acest sens, a învederat că se află în etapa de evaluare a ofertelor depuse;
- potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea nu a îndeplinit condiția de admisibilitate a contestației referitoare la data publicării documentației de atribuire; nu a fost comunicat în SEAP rezultatul procedurii de atribuire, prin urmare societatea contestatoare nu a îndeplinit condițiile de admisibilitate legale pentru a putea formula o contestație;
- la data formulării acesteia, contestatoarea nu a invocat argumente care să se regăsească într-un act de evaluare a ofertei declarate câștigătoare, act care poate fi contestat numai după adoptarea lui de către comisia de evaluare și însușirea acestuia de către conducătorul autorității;
- contestația referitoare la vătămarea unui drept sau a unui interes legitim, poate fi efectuată numai după primirea comunicării rezultatului procedurii, întrucât actul administrativ produce efecte doar de la comunicare; autoritatea contractantă nu a informat în scris autoarea contestației referitor la rezultatul procedurii, prin urmare nu i-a produs nicio vătămare;
- în speță, contestația a fost transmisă fără a aștepta îndeplinirea obligației autorității contractante prevăzută la art. 214, coroborat cu art. 215 din Legea nr. 98/2016, respectiv aceea de a informa fiecare ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică; prin transmiterea contestației anterior emiterii rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, încă nu s-a născut dreptul la acțiune/de a contesta, astfel dreptul pretins al contestatoarei nefiind actual la data sesizării Consiliului, fiind supus unui termen și unei condiții; depunerea contestației înainte de transmiterea informării prevăzute de art. 215 din legea mai sus menționată, care să conțină, eventual, decizia însoțită de motivarea respingerii ofertei depusă de către asocieria SRL – SC SRL, prin lider, atrage prematuritatea contestației;
- în mod cu totul eronat și neîntemeiat, contestatoarea își justifică prematuritatea formulării prezentei contestații, prin faptul că aducerea la cunoștința operatorilor economici participanți la procedura, prin publicarea în SEAP a Avizului ANAP nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020 și a

adresei nr. 3395/27.02.2020, transmisă de autoritatea contractantă către ANAP, în virtutea obligațiilor impuse autorității contractante de prevederile art. 14 alin. (3) și (4) din OUG nr. 98/2017, ar echivala cu o comunicare privind rezultatul procedurii, respectiv o comunicare privind o decizie de excludere a sa din procedură. Or, este evident faptul că niciunul dintre aceste documente nu reprezintă acte administrative producătoare de efecte juridice, în înțelesul dat de lege;

- potrivit dispozițiilor art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, nu a fost emis niciun raport al procedurii de atribuire și nici comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire; depunerea contestației înainte de transmiterea informării, astfel cum este prevăzut în art. 215 din Legea nr. 98/2016, atrage prematuritatea contestației potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) și alin. (6) din Legea nr. 101/2016;

- în lipsa unei comunicări a rezultatului procedurii, realizată în condițiile legii, contestarea acestuia nu se poate realiza decât prin invocarea a unor motive în fapt și în drept față de considerentele pentru care decizia autorității contractante a fost luată, motive care se comunică potrivit art. 215 din Legea nr. 101/2016, nu față de mențiuni pe care societatea contestatoare le-a spicuit din cele redată în cadrul Avizului ANAP nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020.

Față de cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea, pe cale de excepție, contestația formulată, ca fiind prematur introdusă.

Pe fondul cauzei, solicită Consiliului să fie avute în vedere următoarele aspecte:

Argumentele prezentate de contestatoare cu privire la criticile sale, vizează numai mențiuni înscrise în ultimul Aviz conform condiționat nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020, din care contestatoarea preia informații, ce reprezintă aspecte din cadrul procesului de evaluare a ofertelor de către comisia de evaluare, proces aflat încă în plină desfășurare.

Ceea ce nu menționează însă contestatoarea este faptul că situația generatoare de conflict de interese în discuție a fost sesizată autorității contractante, chiar de către contestatoare, după publicarea anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire în SEAP.

Potrivit celor două solicitări de clarificări cu privire la situația potențial a unui conflict de interese adresate de societatea contestatoare către autoritatea contractantă, din data de 16.07.2019, respectiv din data de 24.07.2019, în baza propunerii de răspuns consolidat al autorității contractante, ANAP a emis Avizului conform necondiționat nr. 9882/10171/26.07.2019, aviz despre care societatea contestatoare nu a făcut referire în contestația formulată.

În acest sens, societatea contestatoare a solicitat în data de 16.07.2019 și a revenit la aceste clarificări în data de 24.07.2019, „Clarificări”, iar la întrebarea nr. 1 a descris speța referitoare la îndeplinirea de către acest operator economic a „condițiilor legale privind participarea în cadrul procedurii fără a fi considerat că, prin participarea la această procedură creează situații potențial generatoare de conflict de

interese". Potrivit mențiunilor acestui operator economic din clarificarea adresată autorității contractante, acesta a notificat privind situația ivită „în cadrul personalului de conducere al operatorului economic se află o persoană care este soț/soție, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv cu una dintre persoanele din cadrul Aparatului de specialitate CJ, menționat în cadrul Fișei de Date”, autoritatea contractantă a răspuns la întrebarea nr. 1, concluzionând că „există o situație potențială generatoare a unui conflict de interese dintre persoana din cadrul aparatului de specialitate al autorității contractante și soțul acesteia” potrivit dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, astfel cum a fost detaliat acest răspuns în „Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări”, înregistrat sub nr. 11617/29.07.2019 la

În urma constatării de către autoritatea contractantă a faptului că, conflictului real de interese între angajatul autorității contractante, ... Carmen, una dintre semnatarele caietului de sarcini pentru obiectivul de investiții *Servicii de proiectare, asistenta tehnica si execuție lucrări pentru obiectivul de investiție „Modernizare DJ 703 Pădureți (DJ 679) - Costești (DN65A), km 48+975 - 59+287, L=10,312 km la Lunca Corbului si Costești”* și soțul acesteia, ... în luna iulie 2019 fiind angajat al societății contestatoare în funcția de „director tehnic”, făcând astfel parte din organele de conducere ale acestei societăți, a fost emis de către ANAP Avizul conform necondiționat nr. 9882/10171/26.07.2019.

Conflictul de interese poate influența orice etapă a procesului decizional în cadrul procedurilor de achiziții (Ghid OLAF).

În acest sens, niciun text legal nu interzice, ba dimpotrivă, chiar impune ca, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, comisia de evaluare să identifice orice situație de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici, indiferent de etapa procesului decizional în care este aceasta identificată.

Comisia de evaluare, raportat la întreaga situație prezentată, a pus în aplicare singurul demers ce putea fi întreprins de către aceasta, potrivit art. 62 pentru a elimina circumstanțele care au generat conflictului de interese, respectiv prevederile art. 79 alin. (2) și (3) din Legea nr. 161/2003.

Or, lipsa unui astfel de demers din partea funcționarului public, a condus la transformarea potențialului conflict de interese, într-un conflict de interese real, în înțelesul dat de cele două Ghiduri anterior menționate, situație care, la data sesizării de către operatorul economic SRL, conflictul de interese nu mai putea fi remediat. Situația a intrat în circuitul civil, a produs efecte și nu mai poate fi remediată decât printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

După ivirea conflictului de interese, ... Carmen a cerut transferul la o altă instituție publică, iar societatea contestatoare a considerat că, prin schimbarea funcției lui în cadrul societății, se va stinge acest conflict de interese, deși fapta societății contestatoare este o eludare a dispozițiilor legale întrucât a fost făcută înainte de depunerea ofertei și

după primirea de către autoritatea contractantă a Avizului conform necondiționat nr 9882/10171/26.07.2019 emis de ANAP.

Astfel, autoritatea contractantă solicită Consiliului, întreprinderea demersurilor legale către ITM de a solicita declarațiile rectificative înregistrate de către societatea contestatoare din perioada 24.07.2019-06.08.2019 (data depunerii ofertei) prin care a modificat funcția și încadrarea domnului din „director tehnic” în „inginer”, întrucât dacă există, aceste declarații rectificative au avut drept unic scop eludarea dispozițiilor art. 59 din Legea nr. 98/2016.

Comisia de evaluare a constatat, de asemenea, faptul că măsura luată de autoritatea contractantă prin necuprinderea funcționarului public, ... Carmen, între persoanele responsabile cu evaluarea ofertelor în cadrul prezentei proceduri, nu a fost de natură a înlătura conflictul de interese prezentat, acesta fiind deja consumat, așa cum a menționat, la data depunerii ofertei de către operatorul economic SRL, față de care această persoană s-a aflat în conflict de interese.

Totodată, precizează că autorității contractante nu i-a fost comunicată adresa ANAP nr. 18473/12.12.2019 către ANI, pentru care s-a transmis răspunsul ANI nr. 600/13.01.2020. În acest sens, comisia de evaluare nu a cunoscut conținutul, situația descrisă, temeiul invocat al situației prezentate drept posibil conflict de interese în cadrul acestei adrese.

În același timp, prin răspunsul ANI se precizează faptul că sistemul Prevent nu a furnizat un avertisment de integritate, însă consideră că este doar o opinie/un punct de vedere.

O critică adusă prin contestație care solicită să fie respinsă ca nefondată este aceea potrivit căreia ar fi solicitat ofertantului clarificări, în data de 21.01.2020, fără a ține seama, modificând și denaturând sensul mențiunilor cuprinse în Decizia de conciliere nr. 39/09.12.2019, respectiv, de a analiza și aspectele legate de perioada stabilită de autoritatea contractantă pentru elaborarea ofertelor, complexitatea acestora prin raportare la informațiile incluse în propunerile tehnice. Unicul document transmis autorității contractante, urmare a cererii de conciliere fiind o adresă, prin care i se aduce la cunoștință că a fost admisă parțial cererea de conciliere și că a fost transmisă o adresă către ANI, în vederea formulării unui punct de vedere de către această instituție, fiind, ulterior, transmis răspunsul acestei instituții.

Potrivit dispozițiilor art. 19 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 98/2017 privind funcția de control ex-ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii cu modificările și completările ulterioare (forma ordonanței la data de 11.02.2020, anterior intrării în vigoare a OUG nr. 23/2020) „constatările controlului ex-ante vor fi modificate, parțial sau total, în conformitate cu soluția adoptată în decizia de conciliere, urmând ca ANAP să emită un nou aviz conform care îl va înlocui pe cel inițial, în cazul admiterii cererii de conciliere”, fapt care nu s-a întâmplat până în prezent, iar potrivit avizelor conforme condiționate emise de ANAP, ulterior

admiterii parțiale a cererii de conciliere, persoanele care îndeplinesc funcția de control ex-ante nu și-au îndeplinit obligațiile legale mai sus menționate.

Precizează că mențiuni extrase din cadrul Deciziei de conciliere nr. 39/09.12.2019 au fost ulterior inserate, în cadrul ultimului Aviz ANAP nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020.

Or, solicitarea de clarificări transmisă contestatoarei în data de 21.01.2020, a fost concepută și întocmită strict de către comisia de evaluare, care nu avea cunoștință la acea dată despre Decizia nr. 39/09.12.2019, ori despre conținutul acesteia.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de către SRL, pe excepție ca prematur introdusă și pe fond, ca fiind nefondată.

Menționează că își rezervă dreptul de a completa apărările formulate pe fondul cauzei, în situația în care Consiliul va respinge excepția invocată.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 9406/364/C9/10.03.2020, în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, oferta depusă de contestatoare, documente ce au fost depuse în data de 19.03.2020, fiind înregistrate cu nr. 10938.

Prin adresa nr. 949/19.03.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 11044/19.03.2020, ... SRL a solicitat „decăderea din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică” a autorității contractante, deoarece, potrivit art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, aceasta avea obligația de a transmite punctul de vedere către societatea sa, din oficiu, încălcând, astfel, principiile nediscriminării, transparenței și asumării răspunderii.

Ca urmare a studierii dosarului, asocierea SRL – SC SRL, prin lider SRL, a transmis Concluzii scrise prin adresa nr. 1352/25.03.2020, fiind înregistrată la Consiliu cu nr. 11846/25.03.2020, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată și decăderea autorității contractante din „dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică” în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În esență:

- autoritatea contractantă induce în eroare Consiliul prin prezentarea în cadrul volumului 3 din dosarul achiziției a faptului că a transmis un înscris cu mențiunea „dovadă transmitere punct de vedere ofertant”;
- în punctul de vedere transmis Consiliului nr. 4104/09.03.2020, autoritatea contractantă invocă excepția prematurității, raportându-se la data publicării documentației de atribuire, excepție pe care contestatoare o consideră nefondată și nelegală, dar și faptul că autoritatea contractantă susține eronat că această contestație poate fi efectuată numai după primirea comunicării rezultatului procedurii, mai ales că un act al autorității contractante este definit ca fiind orice act, orice operațiune care produse sau poate produce efecte juridice. Cu privire la fondul cauzei,

argumentele aduse de autoritatea contractantă nu pot fi reținute întrucât, în primul rând, trebuie decăzută din acest drept pentru neîndeplinirea completă a obligațiilor prevăzute la art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, iar mai apoi, întrucât se limitează numai la a enunța aspecte generale prevăzute de legislație cu privire la „conflictul de interese”, fără însă a demonstra și argumenta, în mod concret, avantajul pe care informațiile cuprinse în caietul de sarcini îl creează SRL, prin raportare la dispozițiile legale, negând atât adresa emisă de ANI, cât și recomandările ANAP.

În urma studierii dosarului achiziției, contestatoarea susține că autoritatea contractantă încalcă în mod repetat legislația achizițiilor publice.

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

JUDEȚUL a inițiat procedura simplificată, pentru atribuirea contractului Servicii de proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție „Modernizare DJ 703 Padureti (DJ 679) – Costești (DN65A), km 48+975 – 59+287, L=10,312 km la Lunca Corbului și Costești”, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1047605/09.07.2019, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 06.08.2019, ora 1500. Valoarea estimată a contractului este de 19.556.111 lei, iar criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate – preț.

Nemulțumită de decizia de excludere a ofertei sale, ... SRL a înaintat contestația de față solicitând, în principal, anularea în tot sau în parte a actelor contestate, iar în subsidiar, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă, respectiv anularea procedurii de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actelor atacate (inclusiv pentru încălcarea principiului transparenței prin nepublicarea în SEAP a două avize emise de ANAP) și suspendarea procedurii de atribuire.

Societatea contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de 35.000,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 206142003/1 eliberată de CEC BANK SA, Sucursala ia, la data de 03.03.2020.

Cercetând cu înțâietate excepția prematurității contestației invocată de autoritatea contractantă, așa cum impun dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, Consiliul constată că aceasta a fost invocată în termenul de 5 zile stabilit la art. 18 alin. (1) din aceeași lege și că, deși nu a existat o comunicare a rezultatului procedurii în sensul dispozițiilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, autoarea contestației a luat la cunoștință despre rezultatul evaluării ofertei sale din documentele publicate în SEAP de autoritatea contractantă.

Astfel, din Avizul conform condiționat emis de ANAP nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020, contestatoarea a luat la cunoștință de faptul că prin procesul-verbal nr. 1999/06.02.2020 oferta sa a fost exclusă din procedură *în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 98/2016 ,cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 134 alin. (5) lit. d) din HG nr. 395/2016 și a respins-o în baza art. 137 alin. (1) din același act normativ.* În cadrul acestui aviz ANAP constatând abateri de la legislația în domeniul achizițiilor publice, și enumerând actele emise anterior atât de către autoritatea contractantă, cât și de ANAP, a dispus măsuri în sensul reevaluării ofertei contestatoarei.

De asemenea, prin adresa nr. 3395/27.02.2020, autoritatea contractantă a comunicat ANAP faptul că nu va lua în considerare măsurile dispuse prin Avizul conform condiționat nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/ 17.02.2020.

În aceste condiții, chiar dacă autoritatea contractantă nu a făcut o comunicare în sensul dispozițiilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, atât decizia de excludere a ofertei contestatoarei, precum și motivele pentru care achizitoare a luat această decizie sunt cunoscute de contestatoare. Faptul că nu a fost emis un raport al procedurii este lipsit de interes în situația de față, contrar susținerilor autorității contractante, dat fiind faptul că a specificat expres că refuză să ia în considerare cele dispuse de ANAP, astfel că rezultatul evaluării ofertei contestatoarei nu ar putea suferi nicio modificare, oferta acesteia rămânând exclusă din procedură.

În aceste condiții, faptul că autoritatea contractantă nu a comunicat un document care ar conține același rezultat și aceeași motivare, nu poate determina prematuritatea atacării respectivului rezultat.

Pe fondul cauzei, la analiza criticilor contestatoarei împotriva deciziei autorității contractante de a exclude din procedura de achiziție oferta acesteia, Consiliul constată temeinicia criticilor formulate.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere motivele de excludere invocate de autoritatea contractantă, documentele și demersurile acesteia realizate de la data limită de depunere a ofertelor și până la momentul pronunțării deciziei.

Astfel, se constată că, prin răspunsul consolidat nr. 11404/25.07.2019, autoritatea contractantă a comunicat ANAP că există o situație potențială generatoare a unui conflict de interese dintre, persoană în aparatul de specialitate al autorității contractante, semnatară a caietului de sarcini pus la dispoziția ofertanților pentru procedura în analiză și soțul acesteia care face parte din conducerea contestatoarei, potențial beneficiar al contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit. În urma acestui răspuns a fost emis Avizul necondiționat nr. 9882/1071/26.07.2019 de către ANAP.

Prin adresa nr. 11616/09.08.2019, invocând Avizul necondiționat nr. 9882/1071/26.07.2019 al ANAP, autoritatea contractantă a solicitat Inspectoratului Teritorial de Muncă comunicarea de informații cu privire la contractul individual de muncă al lui , în sensul dacă

mai este sau nu activ, respectiv funcția deținută, motivat de suspiciunea că această persoană face parte din persoanele cu funcții de conducere din cadrul SRL, pentru a clarifica existența unui potențial conflict de interese având în vedere că această persoană este soțul lui, una din persoanele care a semnat caietul de sarcini aferent procedurii de atribuire în analiză. La această solicitare, prin adresa nr. 18733/14.08.2019, Inspectoratul Teritorial de Muncă a comunicat autorității contractante faptul că informațiile solicitate nu se încadrează în categoria informațiilor de interes public, fiind exceptate de la accesul liber al cetățenilor.

Ulterior, în cadrul procesului-verbal nr. 13140/26.08.2019, raportat la Avizul necondiționat nr. 9882/1071/26.07.2019 al ANAP, emis urmare a răspunsului consolidat nr. 11404/25.07.2019, autoritatea contractantă a stabilit necesitatea solicitării de clarificări contestatoarei, dat fiind că este una din semnatarele caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire deoarece face parte din Direcția tehnică din cadrul achizitoarei, iar aceasta este soția lui, persoană care, din surse publice disponibile pe internet, ar ocupa funcția de Director în cadrul SRL.

Prin adresa nr. 13141/26.08.2019, au fost solicitate contestatoarei clarificări legate de existența acestui potențial conflict de interese, raportat la prevederile art. 60 alin. (1) lit. b) din Lege nr. 98/2016.

La această solicitare contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 3640/28.08.2019, precizând că, la momentul depunerii ofertei, ... nu deținea o funcție de conducere în cadrul său, pentru a exista o astfel de situație, fapt confirmat de Declarația privind conflictul de interese privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016 (Formular 1) și extrasul Revisal atașat propunerii tehnice.

Conform procesului-verbal nr. 14669/18.09.2019, acest răspuns a fost considerat neconcludent raportat la clarificările solicitate de contestatoare la documentația de atribuire, anterior depunerii ofertei, și a informațiilor publice identificate de achizitoare, iar oferta sa a fost exclusă din procedura de atribuire.

Această apreciere a autorității contractante a fost preluată și în procesul-verbal nr. 14919/23.09.2019.

În urma transmiterii acestui proces-verbal (nr. 14919/23.09.2019), ANAP a emis Avizul conform condiționat nr. 9882/1816/SCN1047605/AC/27.09.2019, considerând că excluderea ofertei contestatoarei s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, fiind dispuse măsuri privind reevaluarea ofertei contestatoarei din prisma acestui potențial conflict de interese.

Prin procesul-verbal nr. 15908/07.10.2019 autoritate contractantă constată necesitatea solicitării unei noi clarificări cu privire la acest potențial conflict de interese, dat fiind că autoarea contestației a sesizat autoritatea contractantă anterior depunerii ofertei cu privire la existența acestuia.

Prin adresa nr. 15909/07.10.2019, au fost solicitate contestatoarei clarificări legate de existența acestui potențial conflict de interese, raportat la prevederile art. 59 coroborat cu art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

La această solicitare contestatoarea a răspuns cu adresa nr. 4288/09.10.2019, precizând faptul că nu a fost desemnat printre principalele persoane care vor executa contractul, iar legat de solicitările de clarificări anterioare depunerii ofertei a precizat că au fost înțelese eronat deoarece această persoană nu a făcut niciodată parte din personalul de conducere conform prevederilor art. 60 din Legea nr. 98/2016, ci din personalul de conducere prin funcția de director tehnic deținută în cadrul SRL. De asemenea, a menționat că pentru a evita apariția unui eventual conflict de interese a decis neimplicarea totală a acestei persoane. A mai amintit că a fost depusă declarația aferentă și a indicat prevederile legale care atestă, în opinia sa, faptul că situația în analiză nu reprezintă un conflict de interese.

Conform procesului-verbal nr. 16636/17.10.2019 acest răspuns a fost considerat neconcludent și autoritatea contractantă a decis menținerea deciziei de excludere a ofertei contestatoarei din procedura de atribuire.

În urma comunicării acestei decizii către ANAP, aceasta a emis Avizul conform condiționat nr. 9882/1933/SCN1047605/AC/24.10.2019, considerând că excluderea ofertei contestatoarei s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, fiind dispuse măsuri/recomandări privind reevaluarea ofertei contestatoarei din prisma acestui potențial conflict de interese.

În cadrul procesului-verbal nr. 17307/28.10.2019, reținând că la data publicării anunțului de participare simplificat aferent procedurii deținea funcția de Director general, autoritatea contractantă a decis menținerea deciziei sale de excludere a ofertei contestatoarei.

Luând act de cele decise de autoritatea contractantă, ANAP a emis un nou aviz conform condiționat, cu nr. 9882/1978/SCN1047605/AC/04.11.2019, reținând că, în fapt, autoritatea contractantă nu a demonstrat care este situația de conflict de interese existentă și stabilind necesitatea de a reevalua oferta contestatoarei din prisma acestui potențial conflict de interese și fundamentarea deciziilor luate.

Ulterior, autoritatea contractantă a adresat ANAP cererea de conciliere nr. 18061/06.11.2019, pentru soluționarea situației create, în opinia sa neexistând posibilitatea luării altei măsuri decât cea de excludere din procedură a ofertei contestatoarei.

Prin adresa nr. 14263/12.11.2019, ANAP a comunicat autorității contractante că solicitarea sa a fost respinsă ca inadmisibilă conform prevederilor art. 18 alin. (1) lit. e) din HG nr. 419/2018, nefiind posibilă reexaminarea pe fond în condițiile prevăzute de art. 18 alin. (2) din același act normativ.

Ulterior, a fost emis un nou aviz conform condiționat de către ANAP, nr. 9882/2053/SCN1047605/AC/19.11.2019, în care s-au dispus aceleași

măsurile de reevaluare a ofertei contestatoarei din prisma potențialului conflict de interese constatat de autoritatea contractantă și fundamentarea tuturor deciziilor luate.

În procesul-verbal nr. 18749/14.11.2019 autoritatea contractantă a consemnat faptul că își menține decizia de excludere a ofertei contestatoarei.

De asemenea, a fost transmisă către ANAP o nouă cerere de conciliere, cu nr. 1918/21.11.2019, care a fost admisă parțial conform adresei nr. 14973/12.12.2019, cu mențiunea că va fi emis un nou aviz conform condiționat și că ANAP a solicitat ANI (Agenției Naționale de Integritate) un punct de vedere cu privire la situația potențial generatoare de conflict de interese în discuție.

Drept urmare, ANAP a emis un nou aviz conform condiționat, având nr. 9882/2159/SCN1047605/AC/13.12.2019, prin care s-au dispus aceleași măsuri ca și în avizele anterioare

Cu adresa nr. 489/14.01.2020 ANAP a transmis autorității contractante răspunsul primit de la ANI, nr. 600/14.01.2020, potrivit căruia sistemul PREVENT nu a furnizat un avertisment de integritate, motiv pentru care opinează că situația prezentată nu reprezintă un conflict de interese potrivit Legii nr. 98/2016. De asemenea, ANI a arătat că punctul său de vedere a fost emis raportat la situația prezentată și dispozițiile legale incidente, nefiind o interpretare generală și obligatorie a textelor legale și nici rezultatul activității de evaluare efectuată în condițiile Legii nr. 176/2010.

Prin procesul-verbal nr. 1026/21.01.2020, raportat la cele reținute de ANAP în răspunsul din 12.12.2019 la cererea de conciliere, autoritatea contractantă a stabilit necesitatea solicitării unei noi clarificări contestatoarei, în sensul transmiterii potrivit art. 62 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 a unui punct de vedere cu privire la implicarea lui în calitate de director tehnic, în pregătirea procedurii și/sau modul în care a avut acces la informațiile privind procedura anterior publicării anunțului de participare de natură a-i facilita un avantaj în competiție cu ceilalți operatori economici.

Prin adresa nr. 1027/21.01.2020 autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei punctul de vedere conform celor reținute în acest proces-verbal, raportat la prevederile art. 62 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 245/23.01.2020, comunicându-i achizitoarei că a ocupat funcția de Director tehnic anterior depunerii ofertei, nu este membru al consiliului de administrație/ organul de conducere sau de supervizare și nici nu a avut calitatea de asociat sau acționar. De asemenea, a comunicat faptul că această persoană în calitate de director nu a avut nicio implicare în întocmirea ofertei depuse, fapt confirmat și de fișa sa de post în care sunt menționate atribuțiile sale și de declarația pe propria răspundere a acestei persoane. A mai menționat contestatoarea în răspunsul său că nu a beneficiat de informații suplimentare în raport de ceilalți ofertanți, că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic.

În final a precizat că nu a avut acces la informații privind procedura anterior publicării anunțului de participare de natură a facilita un avantaj în competiția cu ceilalți operatori economici, sens în care a fost atașată și o declarație pe propria răspundere datată 16.07.2019.

Prin procesul-verbal nr. 1999/06.02.2020 autoritatea contractantă consemnează că își menține decizia de excludere a ofertei contestatoarei.

Ulterior, ANAP a emis un nou aviz conform condiționat, nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020, în care sunt dispuse măsuri privind exercitarea atribuțiilor prevăzute de prevederile legale incidente, raportat la cerințele documentației de atribuire, prevederile Legii nr. 98/2016 și adresa ANI nr. 600/13.01.2020. De asemenea, a dispus autorității contractante ca în situația identificării unei situații potențial generatoare de conflict de interese, raportat la răspunsurile primite din partea contestatoarei, reanalizarea ofertei acesteia și stabilirea modului în care a avut acces la informațiile referitoare la procedură anterior publicării anunțului de participare de natură a-i facilita un avantaj în comparație cu ceilalți ofertanți și analiza tuturor informațiilor, respectiv fundamentarea tuturor deciziilor luate.

Prin adresa nr. 3395/27.02.2020, autoritatea contractantă a comunicat ANAP faptul că nu va lua în considerare măsurile dispuse prin avizul nr. 9882/1849/SCN1047605/AC/17.02.2020.

Consiliul consideră relevante pentru soluționarea contestației următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- 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:*

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 a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;*

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 a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;*

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 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;*

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 autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire;

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 autorității 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. 61:** Ofertantul declarat câștigător cu care autoritatea contractantă a încheiat contractul de achiziție publică nu are dreptul de a angaja sau încheia 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 rezoluțiunii ori rezilierii de drept a contractului respectiv.

- **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. 168 alin. (1):** Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

Din analiza tuturor acestor informații se constată că, în fapt, este în discuție măsura în care situația identificată de achizitoare este într-adevăr una generatoare a unui conflict de interese.

Astfel, pe de o parte, se constată existența mai multor solicitări de clarificări din partea achizitoarei adresate contestatoarei, motivat pe diferite aspecte legale de la art. 60 și 62 din lege (de fiecare dată alt temei legal), precum și existența mai multor avize conforme condiționate emise de ANAP în care de fiecare dată se precizează că, în fapt, excluderea ofertei contestatoarei este contrară prevederilor legale nefiind

întrunite condițiile existenței un conflict de interese, respectiv un punct de vedere al ANI legat de situația prezentată de ANAP care, de asemenea, atestă faptul că nu ne aflăm în fața unui conflict de interese în sensul Legii nr. 98/2016, cu mențiunea că analiza efectuată de ANI nu este una efectuată în baza Legii nr. 176/2010.

Pe de altă parte, se constată că autoritatea contractantă susține ideea existenței unei situații potențiale generatoare de conflict de interese motivat de faptul că soțul uneia dintre persoanele semnatare ale caietului de sarcini a fost Director tehnic al SRL la data publicării anunțului de participare aferent procedurii și a documentației de atribuire în SEAP, fiind lipsit de relevanță faptul că la data depunerii ofertei acesta nu mai ocupa respectiva funcție.

Ori, raportat la situațiile indicate la art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că situația de față nu se poate încadra în niciuna dintre acestea.

Conform prevederilor art. 1 alin. (2) și (3) din HG nr. 395/2016 autoritatea contractantă are următoarele obligații:

(2) Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

(3) În cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea.,

dar nu trebuie omis faptul că respingerea unei oferte pentru o eventuală incidență a prevederilor art. 60 lit. d) și e) din lege, conform art. 137 alin. (3) lit. f) din același hotărâre se face raportat la data-limită stabilită pentru depunerea cererilor de participare/ofertelor și/sau oricând pe parcursul evaluării acestora.

De asemenea, deși a solicitat punctul de vedere al contestatoarei cu privire la situația invocată de autoritatea contractantă, achizitoarea a ignorat nu numai argumentele aduse de aceasta prin răspunsul său, ci și susținerile repetate ale ANAP ori punctul de vedere al ANI și, contrar tuturor argumentelor, a menținut decizia de excludere a contestatoarei, chiar cu încălcarea dispozițiilor art. 168 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Toate informațiile furnizate de contestatoare, precum și cele constatate și dispuse de ANAP sau reținute de ANI reprezintă argumente pentru care oferta contestatoarei nu trebuia exclusă din procedura de atribuire, dar autoritatea contractantă le-a ignorat fără o justificare legală și temeinică a deciziei sale.

Analizând toate aceste documente și argumente Consiliul constată că lipsește din documentele emise de autoritatea contractantă tocmai analiza prin care aceasta a constatat cum anume a fost avantajată contestatoarea de situația în discuție, respectiv care sunt acele informații concrete din caietul de sarcini care ar fi creat un avantaj în favoarea contestatoarei în detrimentul celorlalți participanți. Documentația de atribuire nu a fost contestată și nu a existat niciun demers din partea operatorilor economici că prevederile acesteia nu le-ar permite întocmirea

ofertei sau că modul de redactare al caietului de sarcini ar fi de natură a avantaja un anumit operator economic.

Mai mult decât atât, caietul de sarcini publicat în SEAP este semnat ca fiind întocmit, alături de, mai întâi de, fiind asumat de Șeful de Serviciu, respectiv de Directorul Executiv, astfel că o presupusă elaborare a caietului de sarcini în scopul de a avantaja un anumit operator economic ar trebui dovedită anterior sancționării unui operator economic într-o asemenea manieră precum cea aleasă de autoritatea contractantă.

Din întreaga justificare a autorității contractante a măsurii de excludere a contestatoarei din procedura de atribuire nu rezultă decât că una dintre persoanele care a întocmit caietul de sarcini este soția fostului Director tehnic al contestatoarei, față de care au fost luate măsuri, mai mult sau mai puțin credibile, de a elimina implicarea sa în procedura de față. Consiliul nu va analiza aceste măsuri, respectiv credibilitatea lor, tocmai pentru că, mai întâi, autoritatea contractantă este cea care trebuie să justifice măsura excluderii contestatoarei din procedură, respectiv să stabilească cum anume a fost avantajată contestatoarea și care sunt acele prevederi ale caietului de sarcini care sunt de natură a o avantaja în detrimentul celorlalți participanți, respectiv care sunt acele prevederi ale caietului de sarcini care au fost introduse tendențios de pentru a avantaja societatea la care este angajat soțul ori dacă există informații suplimentare cunoscute doar de asocieria SRL și SC SRL.

În lipsa unei astfel de analize, doar pentru simpla existență a relației soț-soție între una dintre persoanele care au întocmit caietul de sarcini și un angajat care a îndeplinit funcția de Director tehnic al unui operator economic la data publicării documentației, dar nu și la data limită de depunere a ofertelor, în condițiile în care dispozițiile art. 60 și 62 din Legea nr. 98/2016 privesc persoanele implicate în procesul de evaluare/verificare a ofertelor, excluderea din procedură a ofertantului respectiv, în speță asocieria reprezentată de contestatoare, este una excesivă, lipsită de susținere, în afara cadrului legal aplicabil. Autoritatea contractantă în decursul a 6 luni a emis mai multe documente și a făcut mai multe demersuri având ca rezultat final excluderea ofertei contestatoarei fără însă ca, în tot acest timp, să demonstreze cum anume a fost avantajată contestatoarea de existența acestei relații și care este avantajul evident obținut de petentă în defavoarea celorlalți participanți.

Prin urmare, dată fiind posibilitatea dispunerii luării unor măsuri de remediere a evaluării efectuate de achizitoare, în sensul reevaluării ofertei contestatoarei, Consiliul va respinge capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire, cu atât mai mult cu cât din motivarea contestației rezultă că nu a fost afectată depunerea contestației de publicarea tuturor avizelor emise de ANAP.

În aceste condiții, constatând că este îndreptățită susținerea contestatoarei legată de nelegalitatea excluderii ofertei sale din procedură, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de asocieria SRL și SC SRL, prin liderul de asocierie SRL, în contradictoriu cu JUDEȚUL

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de asocieria SRL și SC SRL, prin liderul de asociere SRL, în contradictoriu cu JUDEȚUL, și anulează procesul-verbal nr. 1999/06.02.2020 și adresa nr. 3395/27.02.2020, precum și toate actele subsecvente acestora în ceea ce privește oferta asocierii SRL și SC SRL. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SRL și SC SRL, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat ofertanților în termenul legal.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondat capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 4 exemplare, conține 21 pagini.