CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având cod unic de înregistrare ..., reprezentată prin Administrator ..., împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 4939/03.05.2018 și răspunsului la notificarea prealabilă, comunicat prin adresa nr. 5059/07.05.2018, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului – cadru, divizat în loturi, având ca obiect *„Acord cadru de furnizare mobilier medical”, cod CPV 33192000-2*, s-a solicitat anularea actelor contestate, anularea oricăror alte documente ce au generat sau derivă din acestea, precum și reintroducerea ofertei sale în procesul de evaluare aferent procedurii în discuție.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... reclamă respingerea ofertei sale, ca fiind inacceptabilă.

Contestatorul arată că oferta i-a fost respinsă *"pentru motive de inacceptabilitate, conform art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016, raportat la prevederile art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016, așa cum sunt precizate la art. 3 alin (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016"*, motivat de

nedepunerea *„odată cu DUAE, a declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016*".

Autorul contestației consideră decizia autorității contractante netemeinică și nelegală. În acest sens, precizează că specialiștii autorității contractante invocă art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016, susținând că documentul invocat că a generat respingerea ofertei, nu este nici propunerea financiară, nici propunerea tehnică și, în concluzie, este eronată invocarea articolului legal menționat anterior.

De asemenea, față de invocare art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016, ... menționează că, cel puțin la acest moment, oferta sa îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării ofertei, deoarece a depus cele solicitate de către autoritatea contractantă prin documentele achiziției.

Contestatorul susține că oferta sa îndeplinește condițiile de calificare prevăzute de documentele achiziției, având în vedere documentele depuse, mai mult, precizând că o posibilă neîndeplinire a acestui aspect nu este invocată ca motiv de respingere în adresa nr. 4939/03.05.2016 și, în concluzie, este eronată invocarea prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Acesta face trimitere la fișa de date a achiziției, punctul III.2.1.a cerința 2, unde, la ultimul paragraf se menționează: *„(...) Modalitatea de demonstrare a îndeplinirii cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedură. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate, prin completarea DUAE urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul 1 în clasament în urma finalizării evaluării ofertelor."* Autorul contestației precizează că oferta sa conține DUAE, depus și completat așa cum s-a solicitat și, în concluzie, au fost îndeplinite cerințele din documentele achiziției, în sensul că a depus DUAE.

De asemenea, acesta afirmă că, la pct. III.2.1.a, există nota, potrivit căreia: *"Atenție! Nedepunerea DUAE odată cu oferta (...) atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă"*, sens în care, contestatorul concluzionează că nu se încadrează în această situație, având în vedere că motivul invocat în adresa nr. 4939/03.05.2018 (nedepunerea Declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), nu este menționat ca motiv de excludere, nici de mențiunile fișei de date a achiziției, nici de prevederile legislative în vigoare.

... precizează că a transmis o declarație privind neîncadrarea în situațiile reglementate de legislația în vigoare, susținând că, în Formularul DUAE, la Partea III, capitolul C, există următorul text: *"Operatorul economic are cunoștință de vreun conflict de interese (...) care decurge din participarea sa la procedura de achiziție. Dacă da, vă rugăm să furnizați detalii"*. În acest sens, autorul contestației afirmă că sintagma *"Vreun conflict de interese care decurge din participarea la procedură"* include orice conflict de interese, indiferent de tipul sau natura acestuia și raportat la orice aspect în legătură cu procedura.

De asemenea, acesta arată că, la Nota ([30]) din subsolul formularului DUAE se menționează: "*Astfel cum se precizează în legislația națională*", concluzionând că, prin asumarea opțiunii "*NU*", societatea a declarat că nu se află în conflictele de interese, prohibite de legislația în vigoare.

Se arată totodată că, în secțiunea *Formulare* nu se regăsește un model standard al așa-zisei declarații, contestatorul apreciind că acest aspect generează faptul că această declarație poate avea orice formă și orice conținut, astfel încât să susțină neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. 1) din Legea nr. 98/2016, care detaliază situațiile aferente aspectelor legiferate de art. 59-60 din același act normativ.

În concluzie, ... susține că a depus o declarație, așa cum s-a solicitat prin fișa de date a achiziției, odată cu DUAE și chiar mai mult, în interiorul DUAE.

Acesta precizează că autoritatea, prin comisia de evaluare a respins oferta sa pentru un aspect formal, deoarece informațiile care ar fi lipsă în documentul invocat, se regăsesc în alt document cu caracter obligatoriu (DUAE).

Acesta mai afirmă că scopul acestei declarații pe propria răspundere (DUAE) este de a elimina riscurile aferente unor posibile conflicte de interese, așa cum sunt reglementate de legislația în vigoare.

Mai mult, acesta precizează că în cazurile existenței unor conflicte de interese, autoritatea contractantă trebuie să aplice prevederile art. 134 alin. 2) din Hg nr. 395/2016 și astfel, prin acțiunea sa, comisia de evaluare a respins abuziv oferta sa și produce riscul "*denaturării concurentei*".

De asemenea, se invocă prevederile art. 3 alin. 1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, concluzionând că DUAE este document unic și, totodată, o declarație pe propria răspundere, cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare.

Referitor la răspunsul autorității contractante față de notificarea prealabilă, respectiv adresa nr. 5059/07.05.2018, autorul contestației face următoarele mențiuni:

Deși notificarea prealabilă este adresată conducătorului autorității contractante, răspunsul este semnat de către președintele comisiei și unul din membri acesteia (care utilizează și ștampila proprie de consilier juridic).

În acest sens, contestatorul precizează că, având în vedere că atribuțiile comisiei de evaluare sunt clar reglementate de prevederile art. 127, cu raportare la prevederile art. 128-141 din HG nr. 395/2016 actualizată, consideră ca adresa nr. 5059/07.05.2018 nu este opozabilă autorității contractante, cele două persoane depășindu-și atribuțiile așa cum sunt stabilite de legislația în vigoare.

Se arată că cele două persoane din cadrul comisiei de evaluare răspund preferențial la 4 din cele 7 puncte invocate de către contestator în notificarea prealabilă.

În acest sens, face trimitere la punctul 1, precizând că emitenții adresei nr. 5059/07.05.2018 omit să menționeze, cel puțin o contradicție

între cele stabilite în fișa de date a achiziției, fiind partinici propriei decizii anterioare.

Față de cele mai sus expuse, autorul contestației apreciază că *"apare suspiciunea că de fapt comisia de evaluare (sau cel puțin cei 2) au căutat intenționat orice motive de eliminare a ofertelor care nu sunt dorite în procedură și negăsind altceva la acest moment, au luat decizia justificată prin adresa nr. 4939/03.05.2018, acționând împotriva scopului Legii 98/2016, care urmărește o concurență neîngrădită, corectă și avantajoasă achizitorului și respectiv eliminarea oricăror acțiuni prohibite prin Legea concurenței nr. 21/1996 Republicată."*

Totodată, se arată că, la punctul 3, *"emitenții adresei nr. 5059/07.05.2018 menționează că autoritatea contractantă nu a dorit să facă "exces de formalism" într-un aspect pe care aceștia îl folosesc în eliminarea abuzivă a ofertanților care și-au permis să participe ad-hoc în procedură."*

În final, făcând trimitere la punctul 4 din răspunsul la notificarea prealabilă, autorul contestației arată că *"emitenții adresei nr. 5059/07.05.2018 menționează că am fi invocat prematuritatea respingerii ofertei"*, în acest sens, contestatorul precizând că acele mențiuni au fost invocate într-un alt context, fapt ce demonstrează că cei doi nu au încercat să fie imparțiali și corecți, ci au căutat motive de orice natură care ar putea să le justifice/susțină acțiunea nelegală.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca fiind netemeinică și nefondată.

... face trimitere la răspunsul său nr. A5059/07.05.2018, față de notificarea prealabilă formulată de contestator, precizând că și-a menținut decizia stabilită privind respingerea ofertei acestuia, prezentând următoarele argumente:

- cerința prezentării *„odată cu depunerea DUAE a declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016"* a fost solicitată prin fișa de date la secțiunea III.1.1 alin. 2, obligație pe care operatorul economic nu a respectat-o, autoritatea contractantă considerând-o strict necesară în procesul de evaluare încă de la începutul fazelor de verificare, apreciind că nu este suficientă numai marcarea câmpului corespunzător Secțiunii III Cap. -C- din DUAE referitor la faptul că operatorul economic are sau nu cunoștință de existența vreunui conflict de interese în raport cu autoritatea contractantă.

- autoritatea contractantă nu a identificat *„o declarație propriu-zisă*" depusă de contestator, contrar celor afirmate, singura declarație identificată fiind cea referitoare la declarațiile de conformitate, constatare efectuată și realizată după reverificarea tuturor actelor și documentelor depuse de către operatorul economic în cadrul rubricii *„declarații de conformitate*" depuse separat de propunerea tehnică, atașând în acest sens, pagina listată din SEAP.

- dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, sunt fără echivoc atunci când este definită oferta unui operator economic, dispoziție legală prin care actul normativ nu se mărginește numai la cele 2 documente (propunerea tehnică și propunerea financiară) ci și la *„alte documente stabilite prin documentația de atribuire*", în cazul de față, pe lângă DUAE, autoritatea contractantă solicitând în mod expres și depunerea declarației criticate.

- nu putea fi reținută nici critica autorului contestației, prin care invocă respingerea ofertei *„pentru un aspect formal*" (aspect ce arată clar, superficialitatea în analiza situațiilor prevăzute din cuprinsul dispozițiilor art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), prin care autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări înainte de adoptarea măsurii de respingere a ofertei, invocând nerespectarea prevederilor art. 134 alin. (2) din HG nr. 395/2016, deoarece, pentru a ne regăsi într-o astfel de situație, se impunea existența unui document chiar și greșit completat sau/ori incomplet, aspect ce nu corespundea adevărului.

În raport cu considerentele contestatorului, pe lângă cele arătate în răspunsul la notificare, autoritatea contractantă mai arată următoarele:

Față de aprecierea contestatorului, potrivit căreia, răspunsul membrilor comisiei de evaluare la notificarea sa, putea fi ipotetic diferit dacă era semnat de către managerul unității, eventual favorabil demersurilor sale, autoritatea o consideră eronată, întrucât, atât timp cât procedura de evaluare a fost și este în derulare (suspendată la momentul prezent) doar membrii comisiei de evaluare cunosc problematica, cuprinsul și specificul procedural al evaluării), context în care managerul unității după ce a luat la cunoștință de conținutul adresei, a repartizat spre soluționare președintelui comisiei de evaluare împreună cu membrii acesteia.

Se susține că, contrar alegațiilor contestatorului, comisia de evaluare nu a verificat sub nicio formă propunerea tehnică atât a contestatorului cât nici a celorlalți participanți la procedură, aceasta, prin vizualizarea secțiunii distincte din cadrul actelor și documentelor depuse, denumită "*Declarații de Conformitate*", a încercat să verifice afirmația contestatorului care a invocat în cuprinsul notificării la punctul II. 5, că *„a depus o DECLARAŢIE*", așa cum s-a solicitat prin fișa de date, odată cu DUAE și, chiar mai mult, în interiorul DUAE, afirmație apreciată ca fiind total eronată în urma reverificării tuturor documentelor atașate în SEAP, deoarece sunt de notorietate situațiile cunoscute din alte proceduri desfășurate în temeiul Legii nr. 98/2016, prin care mulți operatori economici au atașat părți din documentele solicitate prin fișa de date, în cadrul altor secțiuni/rubrici/câmpuri pe platforma electronică.

Se arată totodată că în cadrul procedurii s-au înscris un număr total de 14 operatori economici din care 11 s-au conformat întocmai cerințelor autorității contractante, unul nu a depus niciun document, iar 2 operatori economici (printre care și contestatorul) nu au depus declarația 60, sens în care, dacă autoritatea contractantă ar fi acceptat sau/ori ar fi calificat mai

departe operatorul ..., ar fi încălcat prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă susține că, așa cum s-a arătat și în cuprinsul răspunsului la notificare, a solicitat în mod clar și fără echivoc ca operatorii economici să îndeplinească inclusiv, pe lângă DUAE, propunerea tehnică și propunerea financiară, încă o cerință și anume depunerea Declarației 60, precizând că nu era necesară precizarea în cadrul fișei de date a consecințelor pentru nerespectarea acestei cerințe, deoarece operatorul economic are obligația cunoașterii dispozițiilor legale atât ca drepturi cât și ca obligații, inclusiv consecințele acesteia.

În continuare sunt invocate dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă afirmă că, în situația în care un operator economic avea neclarități/nelămuriri cu privire la cerințele menționate în fișa de date a achiziției, avea la îndemână prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

... precizează că necesitatea cerinței în cauză, precizată și nerespectată de operatorul economic are ca și temeinicie și legalitate, măsură adoptată ca fiind necesară de a preveni, identifica în concret și remedia situațiile de conflict de interese, în temeiul art. 58 din lege, raportat la prevederile art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului – cadru, divizat în loturi, având ca obiect *„Acord cadru de furnizare mobilier medical", cod CPV 33192000-2*. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind *„prețul cel mai scăzut*".

În procesul – verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor și de analiză a garanțiilor de participare nr. 4290/19.04.2018, s-a consemnat depunerea a 14 oferte în cadrul procedurii.

În procesul – verbal intermediar nr. 4937/05.05.2018, s-a consemnat hotărârea comisiei de evaluare, de respingere a ofertei ..., pentru condiții de inacceptabilitate, conform art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, raportat la prevederile art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016 așa cum sunt precizate la art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa de comunicare nr. 4939/03.05.2018, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință contestatorului că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă deoarece pentru loturile 1-11 acesta nu a depus odată cu DUAE, declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 alin. (1) din Legea 98/2016, conform cap. III.2.1 a) indice 2 din fișa de date a achiziției.

Împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 4939/03.05.2018 și răspunsului la notificarea prealabilă, comunicat prin

adresa nr. 5059/07.05.2018, ... a formulat contestația ce formează obiectul dosarului nr. ....

Procedând la soluționarea contestației formulată de ..., Consiliul reține că acesta aduce critici legate de faptul că autoritatea contractantă în mod abuziv și incorect a decis respingerea ofertei sale ca inacceptabilă.

Se reține în soluționare că la cap. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției - Situatia personala a candidatului sau ofertantului, s-a solicitat: *„2. Declaratie privind neincadrarea in situatiile prevazute la art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care se va prezenta odata cu depunerea DUAE. (....) Modalitate de demonstrare a indeplinirii cerintei: se va completa DUAE de catre operatorii participanti la procedura. Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I in clasament in urma finalizarii evaluarii ofertelor".*

Potrivit art. 60 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„Reprezintă **situaţii potenţial generatoare de conflict de interese** orice situaţii care ar putea duce la apariţia 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 deţin părţi sociale, părţi de interes, acţiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători sau subcontractanţi propuşi ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administraţie/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători ori subcontractanţi propuşi;

b) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane care este soţ/soţie, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administraţie/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanţi/candidaţi, terţi susţinători ori subcontractanţi propuşi;

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/informaţii concrete că poate avea, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori se află într-o altă situaţie de natură să îi afecteze independenţa şi imparţialitatea pe parcursul procesului de evaluare;

d) situaţia în care ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terţul susţinător are drept membri în cadrul consiliului de administraţie/organului de conducere sau de supervizare şi/sau are acţionari ori asociaţi semnificativi persoane care sunt soţ/soţie, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul autorităţii contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire;

e) situaţia în care ofertantul/candidatul a nominalizat printre principalele persoane desemnate pentru executarea contractului persoane care sunt soţ/soţie, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul autorităţii contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire".

În conformitate cu art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, *„documentul unic de achiziţii european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declaraţia pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie".*

Din verificarea documentelor depuse de contestator, se reține în soluționare că ... a depus DUAE unde, la Partea III capitolul C – „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale" există următorul text: *„Operatorul economic are cunoștință de vreun **conflict de interese**, astfel cum se precizează în legislația națională, anunțul relevant sau documentele achiziției, care decurge din participarea sa la procedura de achiziție?",* răspunsul operatorului economic fiind „NU".

Prin completarea DUAE, practic, ... a declarat că nu se află în conflict de interese (legat de participarea sa la procedură), așa cum este definit în legislația aflată în vigoare și așa cum se solicitase, de altfel, prin fișa de date a achiziției la cap. III.2.1.a), pct. 2, respectiv *„completarea DUAE de catre operatorii participanti la procedură",* fapt realizat de către ofertantul contestator.

În concluzie, Consiliul apreciază că ... a îndeplinit cerința din fișa de date a achiziției, deoarece informațiile solicitate de autoritate se regăsesc în interiorul DUAE.

Consiliul apreciază că ofertantul contestator a depus DUAE care, chiar potrivit regulilor stabilite de autoritate prin documentație, conține declarația solicitată privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 alin. (1) din Legea 98/2016.

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod eronat autoritatea contractantă a respins oferta depusă de ... pentru nedepunerea odată cu DUAE a declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 alin. (1) din Legea 98/2016.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..., va dispune anularea procesul – verbal intermediar nr. 4937/05.05.2018 și a actelor subsecvente acestuia, în partea privind oferta depusă de ... și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depusă de ... în conformitate cu cele precizate în motivare, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către ..., în contradictoriu ....

Dispune anularea procesul – verbal intermediar nr. 4937/05.05.2018 și a actelor subsecvente acestuia, în partea privind oferta depusă de ....

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depusă de ... în conformitate cu cele precizate în motivare, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 9 (nouă) pagini.