CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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) 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. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 16902/13.07.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 28760/13.07.2018, formulată de către ... S.R.L., cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO..., reprezentată de ..., membru al asocierii formată din ... și ... S.R.L., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 63959/04.07.2018, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„Furnizare, instalare și punere în funcțiune Sistem supraveghere video și dotare Dispecerat pentru obiectivul «Creșterea siguranței sociale și prevenirea criminalității în ...»”*, se solicită anularea comunicării nr. 63958/04.07.2018 și implicit anularea excluderii din procedura de achiziţie a Asocierii ...

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

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

Prin contestaţia nr. 16902/13.07.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 28760/13.07.2018, ... S.R.L. contestă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 63958/04.07.2018, emisă de către ... în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul precizează că, la data de 12.12.2017 a fost publicat în Sistemul Electronic de Achiziţii Publice, anunțul nr. ..., cu privire la procedura de achiziție publică în cauză, iar în vederea formulării și

depunerii unei oferte, a fost constituită la nivel formal asocierea dintre ... și ... S.R.L.

Se învederează că, respectând cerinţele formulate în documentaţia de atribuire, asocierea a depus o ofertă în data de 16.02.2018. La această dată, în cuprinsul Fișei de date, precum și în cuprinsul întregii documentaţii de atribuire, nu era precizat numele expertului cooptat ... sau denumirea societății în cadrul căreia acesta are calitatea de Administrator, respectiv ... S.R.L. ca persoană cu funcţie de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire.

Contestatorul arată că, în data de 03.05.2018, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă a inițiat cumpărarea directă a serviciilor de analiză sau consultanță tehnică de la ofertantul ... S.R.L., societate în cadrul căreia ... are calitatea de Administrator.

... S.R.L. învederează că autoritatea contractantă a comunicat, în data de 04.07.2018, decizia de excludere a asocierii, ca măsură de remediere a conflictului de interese, indicând ca situație potențial generatoare de conflict de interese relaţia comercială a ofertantului asociat ... S.R.L. cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire, respectiv ..., Administrator în cadrul ... S.R.L., indicând ca temei art. 60 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că nu se afla la momentul depunerii ofertei și nici ulterior, într-o relaţie comercială cu societatea ... S.R.L. sau cu Administratorul acesteia, ... Între ... S.R.L. și ... S.R.L. a fost încheiat contractul de prestare servicii nr. 1400/20.10.2016, cu durata până la data de 31.12.2016, obiectul contractului fiind „Servicii de suport în vederea întocmirii documentaţiei tehnice la nivel de studiu de fezabilitate pentru implementarea proiectului «Supraveghere video pentru siguranţa cetățenilor ... - ...»”, beneficiarul final al documentaţiei tehnice fiind ....

... S.R.L. consideră că autoritatea contractantă a încălcat, prin conținutul comunicării, prevederile art. 62 din Legea nr. 98/2016. În speţă, autoritatea contractantă nu a prezentat ofertantului o expunere a motivelor care, în opinia sa, sunt de natură să ducă la un conflict de interese, simpla invocare a unei norme din materia achiziţiilor publice și afirmaţia conform căreia ofertantul asociat se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedură neavând natura unei astfel de expuneri. De asemenea, autoritatea contractantă nu a solicitat ofertantului transmiterea punctului său de vedere cu privire la respectiva situație, ignorând astfel paşii prevăzuţi de lege în astfel de cazuri. Mai mult, decizia de excludere a ofertantului ar trebui să intervină numai ca o ultimă măsură, în situația în care nu este posibilă înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor.

Contestatorul precizează că, în ceea ce priveşte invocarea art. 60 alin. (1) lit. d), situația de fapt nu se circumscrie sferei de aplicabilitate a

acestei prevederi, respectiv raporturile dintre persoanele membri în cadrul consiliului de administratie/organului de conducere sau de supervizare și/sau acţionari ori asociaţi semnificativi care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv cu persoanele cu funcţii de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuirem, în speţă fiind vorba de raporturi comerciale între două societăți, astfel după cum reiese chiar din comunicarea emisă de autoritatea contractantă.

În acelaşi timp, referitor la obiectul contractului nr. 1400/20.10.2016 mai sus menționat, contestatorul consideră că nu sunt aplicabile nici prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) și precizează că, într-o cauză similară, C.N.S.C. a decis următoarele: *„Studiul de fezabilitate constituie un document premergător notei justificative privind necesitatea în studiul de fezabilitate fiind preluate şi puse la dispoziţia tuturor ofertanţilor documentația de atribuire”*. Având în vedere conținutul art. 140 din Legea nr. 98/2016, care nu interzice participarea la procedură a unui candidat/ofertant care a oferit opinii, sugestii sau recomandări autorității contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, în cadrul consultărilor prevăzute la art. 139 sau în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanță ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, nu va fi exclus din procedură un ofertant care a încheiat un contract de consultanță având ca obiect prestarea serviciilor de consultanță în vederea întocmirii unui studiu de fezabilitate. Mai mult, măsurile prezentate în enumerarea exemplificativă din cuprinsul art. 2 al articolului de mai sus, au fost luate de autoritate în speţă, studiul de fezabilitate fiind accesibil tuturor celorlalţi candidați/ofertanți.

Se învederează că, chiar în cazul în care nu ar fi acceptată argumentaţia conform analizei art. 140 de mai sus, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: *„(...) f) participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenţei, iar această situaţie nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puţin severe.”*

Contestatorul subliniază că, prin urmare, prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 pot deveni incidente numai în măsura în care autoritatea contractantă poate demonstra fără echivoc că participarea anterioară a ofertantului la elaborarea studiilor de fezabilitate respective este de natură a distorsiona concurenţa, întrucât societatea în cauză se afla în posesia unor informaţii pe care ceilalţi participanţi la procedură nu le cunoşteau, cât şi faptul că deţinerea acestor informaţii ar crea un avantaj iniţial, menit să conducă din start la defavorizarea celorlalţi operatori economici. Mai exact, pentru a se putea prevala de dispoziţiile articolului sus-citat, autoritatea contractantă trebuie să se afle

în posesia unor dovezi de necontestat că prestarea serviciilor de elaborare a studiilor de fezabilitate de către ofertantul respectiv conduc la distorsionarea concurenţei în atribuirea contractelor de achiziţie publică şi, totodată, să se afle în imposibilitatea de a remedia această situaţie prin alte măsuri mai puţin severe.

... S.R.L. precizează că, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d) al aceluiaşi articol, autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenţei punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, iar alin. (1) lit. d) al aceluiaşi articol prevede că autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care aceasta are suficiente indicii rezonabile/informaţii concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alţi operatori acorduri care vizează denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită anularea comunicării nr. 63958/04.07.2018 și, implicit, anularea excluderii din procedura de achiziţie a asocierii ... - ... S.R.L.

Prin adresa nr. 67743/18.07.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 29254/18.07.2018, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care solicită admiterea susținerilor sale, menținerea hotărârii comunicată către asocierea ... - ... S.R.L., prin intermediul S.I.C.A.P. în data de 04.07.2018 conform adresei nr. 63958/04.07.2018, precum și respingerea contestației ca nefondată, pentru următoarele motive:

... învederează că a luat cunoştinţă de contestaţia formulată de către ... S.R.L., în calitate de membru al asocierii formate din ... şi ... S.R.L., ca urmare a comunicării autorităţii contractante nr. 63958/04.07.2018 privind decizia de excludere din procedură a contestatoarei, ca măsură de remediere a conflictului de interese aşa cum este reglementat prin art. 59-60 din Legea nr. 98/2016, actualizată. S-a ajuns la conflict de interese, respectiv o situaţie în care un furnizor de servicii de achiziţie care acţionează în numele autorităţii contractante ar putea fi perceput ca element care compromite imparţialitatea ori independenţa, în contextul proccdurii de atribuire și, de asemenea, s-a creat situaţia în care ofertantul asociat ... S.R.L. se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie din cadrul furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire, respectiv dl. ..., Administrator al S.C. ... S.R.L., situaţie potenţial generatoare de conflict de interese aşa cum rezultă din art. 60 lit. d) din Legea nr. 98/2016 actualizată.

Se precizează că, la data de 18.10.2016, ..., în calitate de achizitor/beneficiar, încheie Contractul de prestări servicii nr. 42309 cu operatorul economic S.C. ... S.R.L. în calitate de prestator, obiectul

contractului fiind „Servicii de realizare a Studiului de fezabilitate sistem de supraveghere video stradală, pentru siguranţa cetăţenilor ...”.

Autoritatea contractantă precizează că, la data de 12.12.2017, prin anunţul de participare nr. .../12.12.2017, a iniţiat procedura de licitaţie deschisă, în vederea atribuirii contractului ce are ca obiect *„Furnizare, instalare şi punere în funcţiune Sistem de Supraveghere Video şi dotare Dispecerat pentru creşterea siguranţei sociale şi prevenirea criminalităţii în ...”*, cu data limită de depunere a ofertelor 16.02.2018 şi cu valoarea estimată de 12.147.210 lei, conform documentaţiei de atribuire publicată în cadrul platformei e-licitatie.ro, procedura de achiziţie fiind în acest moment *„în desfăşurare - EVALUARE TEHNICĂ”*.

La data de 03.05.2018, autoritatea contractantă a iniţiat în platforma electronică S.I.C.A.P., achiziţia directă de servicii de analiză tehnică din catalogul electronic, servicii necesare pentru o evaluare corectă a ofertelor tehnice, ce a fost finalizată prin atribuirea contractului de prestări servicii de expertiză tehnică către operatorul S.C. ... S.R.L., iar administratorul acestei societăţi, domnul ..., a fost numit expert cooptat pe lângă comisia de evaluare, prin Dispoziţia Primarului ... nr. 5297/16.05.2018.

Se învederează că, în data de 25.06.2018, prin adresa înregistrată la ... cu nr. 60126/25.06.2018, domnul ..., în calitate de administrator al S.C. ... S.R.L. şi expert cooptat pe lângă comisia de evaluare a ofertelor în cadrul procedurii de licitaţie deschisă „Furnizare, instalare şi punere în funcţiune Sistem de Supraveghere Video şi dotare Dispecerat pentru creşterea siguranţei sociale şi prevenirea criminalităţii în ...”, a informat că, în cadrul procesului de evaluare a propunerilor tehnice depuse de ofertanţi a constatat existenţa unui conflict de interese între ... S.R.L. (în calitate de membru al asocierii formate din ..., ... S.R.L.) şi S.C. ... S.R.L. în calitate de elaborator al „Studiului de fezabilitate sistem supraveghere video pentru siguranţa cetăţenilor ... - ...”. Având în vedere acest considerent, la data de 28.06.2018, autoritatea contractantă a emis Notificarea nr. 61837/28.06.2018 privind rezilierea contractului de prestări servicii de evaluare tehnică efectuată în calitate de expert cooptat pe lângă comisia de evaluare oferte, nr. 45251/09.05.201 8 încheiat cu S.C. ... S.R.L.

Autoritatea contractantă precizează că, la data de 04.07.2018 a transmis Comunicarea cu nr. 63958 către asocierea ... şi ... S.R.L., prin care a făcut cunoscută decizia sa de excludere din procedură a asocierii mai sus menţionate.

Se învederează că, încă de la data anunţului de participare nr. .../12.12.2017 si implicit pe toată perioada până la data de 16.02.2018 - data limită de depunere a ofertelor, în cuprinsul Documentaţiei de atribuire a fost precizat numele operatorului economic prestator al serviciilor de întocmire a Studiului de fezabilitate, iar serviciile prestate de către operatorul economic S.C. ... S.R.L. au stat la baza întocmirii documentaţiei de atribuire, respectiv a Caietului de sarcini,

Studiului de fezabilitate partea I, II şi III, Fişelor tehnice şi planurilor și, în consecinţă, susţinerile contestatoarei sunt nereale, autoritatea contractantă putând proba prin documentaţia publicată în sistemul public de achiziţii, conform anunţului de participare nr. .../12.12.2017.

Autoritatea contractantă precizează că a aplicat, ca primă măsură de remediere a conflictului de interese, aşa cum este reglementat prin art. 59 din Legea nr. 98/2016, rezilierea contractului de prestări servicii de expertiză tehnică cu operatorul economic S.C. AES SOLUTIONS SISTEMS S.R.L. la data de 28.06.2018, prin Notificarea nr. 61837.

În ceea ce priveşte decizia autorităţii contractante de a exclude din procedură asocierea formată din ..., s-a constatat că sunt suficiente indicii plauzibile, rezonabile/informaţii concrete pentru a considera că operatorul economic ... S.R.L., prin încheierea contractului cu operatorul economic S.C. ... S.R.L., vizează denaturarea concurenței în cadrul şi în legătură cu procedura în cauză.

Se precizează că, dovada care justifică întocmai cele menţionate mai sus este faptul că ... S.R.L. a avut acces la documentaţia tehnico-economică încă de la întocmirea Studiului de fezabilitate în care este inclusă valoarea totală cu detalierea pe structura devizului general și eşalonarea costurilor coroborate cu graficul de realizare a investiției, iar în documentaţia de atribuire este încărcat Devizul General și Devizul pe obiecte fără ca acestea să conţină valorile stabilite, ceea ce duce la încălcarea clară a art. 167 alin. (1) lit. d), e) și f) din Legea nr. 98/2016.

În drept, ... invocă dispoziţiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Prin adresa nr. 71664/01.08.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 31525/01.08.2018, autoritatea contractantă a transmis dosarul achiziției publice.

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

... a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„Furnizare, instalare și punere în funcțiune Sistem supraveghere video și dotare Dispecerat pentru obiectivul «Creșterea siguranței sociale și prevenirea criminalității în ...»”*, coduri CPV 32323500-8 - Sistem video de supraveghere (Rev.2), 31625000-3 - Alarme antiefracție și antiincendiu (Rev.2), 32522000-8 - Echipamente de telecomunicații (Rev.2), 45310000-3 - Lucrări de instalații electrice (Rev.2), 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../12.12.2017.

Potrivit anunţului de participare și documentaţiei de atribuire, criteriul de atribuire aplicat a fost *„prețul cel mai scăzut”,* valoarea estimată a contractului de furnizare fiind de 12.147.210 RON, fără T.V.A.

Potrivit adresei nr. 63958/04.07.2018, Consiliul constată că, motivul care a stat la baza deciziei de excludere a ofertei deuse de asocierea ...-... S.R.L. a fost următorul:

„Prin prezenta, vă facem cunoscut că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare a procedurii de atribuire LICITAȚIE DESCHISĂ, nr. .../12.12.2017, pentru atribuirea contractului de achiziţie publică „Furnizare, instalare și punere în funcţiune Sistem supraveghere video și dotare Dispecerat pentru obiectivul Creşterea siguranţei sociale și prevenirea criminalității în ...”, cod CPV: 32323500-8 - Sistem video de supraveghere (Rev.2), 31625000-3 - Alarme antiefracție și antiincendiu (Rev.2), 32522000-8 - Echipamente de telecomunicaţii (Rev.2), 453 10000-3 - Lucrări de instalații electrice (Rev.2), 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), a exclus din procedură asocierea ... S.R.L., ca măsură de remediere a conflictului de interese, așa cum e el reglementat prin art. 59-60, din Legea nr. 98/2016, actualizată.

În temeiul art. 59 din Legea nr. 98/2016, s-a ajuns la ceea ce se defineşte a fi conflict de interese, respectiv o situație în care un furnizor de servicii de achiziţie care acționează în numele autorității contractante ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența, în contextul procedurii de atribuire.

De asemenea, s-a creat situația în care ofertantul asociat ... S.R.L. se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul furnizorului de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire respectiv ..., Administrator în cadrul ... S.R.L., situație potențial generatoare de conflict de interese, așa cum rezultă din art. 60 litera (d), din Legea nr. 98/2016, actualizată.”

Autoarea contestației recamă faptul că în mod incorect a fost exclus din procedura, motivat de faptul că *”ofertantul asociat ... SRL nu se afla la momentul depunerii ofertei si nici ulterior, intr-o relaţie comerciala cu societatea ... SRL sau cu Administratorul acesteia, ...*

Intre ... SRL si ... SRL a fost incheiat un contract de prestare servicii nr. 1400/20.10.2016. Durata contractului a fost pana la data de 31.12.2016, iar obiectul contractului a fost reprezentat de "Serviciile de suport in vederea intocmirii documentaţiei tehnice la nivel de studiu de fezabilitate pentru implementarea proiectului "Supraveghere video pentru siguranţa cetatenilor ... - ...", beneficiarul final al documentaţiei tehnice fiind ...".

În replică la cele reclamate, autoritatea contractantă susține că a constatat ca sunt suficiente indicii plauzibile, rezonabile/informaţii concrete pentru a considera că operatorul economic SC ... SRL, prin încheierea contractului cu operatorul economic SC ... SRL, vizează denaturarea concurentei în cadrul şi în legătură cu procedura în cauză.

S-a adăugat că dovada care justifica întocmai cele menţionate mai sus este faptul ca SC ... SRL a avut acces la documentaţia tehnico-economica încă de la întocmirea Studiului de fezabilitate în care este inclusă valoarea totală cu detalierea pe structura devizului general si eşalonarea costurilor coroborate cu graficul de realizare a investitei, iar în documentaţia de atribuire este încărcat Devizul General si Devizul pe obiecte fără ca acestea să conţină valorile stabilite, ceea ce duce la încălcarea dispozițiilor art. 167 alin, 1, lit. d), e) si f) din Legea nr. 98/2016.

Aşadar, problema ce se impune a fi dezlegată este aceea dacă prin acceptarea participării la procedura a asocierii ...-S.C. ... S.R.L. (în condițiile în care între S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L. *au existat relaţii comerciale anterioare, respectiv Contractul de prestare servicii nr. 1400/20.10.2016, având ca obiect servicii de consultanță și suport în vederea întocmirii documentaţiei tehnice la nivel de studiu de fezabilitate pentru implementarea proiectului „Sistem supraveghere video stradală pentru siguranţa cetățenilor ... – SYS)”* sunt încălcate dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, respectiv dacă participarea anterioară a operatorului economic economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la distorsionarea concurenței.

Datelei spețe pe scurt sunt următoarele:

Autoritatea contractantă ... a încheiat, la data de 18.10.2016, Contractul de prestări servicii nr. 42309 cu S.C. ... S.R.L., în calitate de prestator, având ca obiect *„Servicii de realizare a Studiului de fezabilitate sistem de supraveghere video stradală, pentru siguranța cetățenilor ...”.*

În data de 20.10.2016 între S.C. ... S.R.L., si S.C. ... S.R.L. a fost încheiat un contract de prestare servicii nr. 1400/20.10.2016. Durata contractului a fost pana la data de 31.12.2016, iar obiectul contractului a fost reprezentat de serviciile de suport in vederea intocmirii documentaţiei tehnice la nivel de studiu de fezabilitate pentru implementarea proiectului *"Supraveghere video pentru siguranţa cetatenilor ... - ...", beneficiarul final al documentaţiei tehnice fiind ...".*

În data de 12.12.2017, autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., aferent prezentei proceduri de atribuire, în care sunt prevăzute la secțiunea III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, următoarele cerințe: *„Declarație privind neîncadrarea în situațiile potențial generatoare de conflict de interese așa cum sunt definite la art. 59-60 din Legea privind achizițiile nr. 98/2016. Ofertanții, asociații, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 60 din Legea 98/2016. Declarația se va prezenta odată cu DUAE, de către toți participanții la procedura de atribuire (ofertanți, asociați, terți susținători și subcontractanți).”*

În data de 03.05.2018, autoritatea contractantă a inițiat în platforma electronică SEAP, achiziția directă de servicii de analiză tehnică din catalogul electronic, servicii necesare pentru o evaluare corectă a ofertelor tehnice, achiziție care a fost finalizată prin atribuirea contractului

de prestări servicii de expertiză tehnică către S.C. ... S.R.L., al cărei administrator – ..., a fost numit expert cooptat pe lângă comisia de evaluare.

Potrivit susținerilor autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere nr. 67743/18.07.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 29254/18.07.2018, aceasta a primit din partea S.C. ... S.R.L., respectiv din partea ..., administratorul acestei societăți, adresa nr. 173/15.06.2018, înregistrată la ... sub nr. 60126/25.06.2018 (transmisă Consiliului de către autoritatea contractantă și existentă în copie la la dosarul cauzei), prin care i s-au adus la cunoștință următoarele:

„- În cadrul procesului de evaluare a propunerilor tehnice depuse de către ofertanții participanți la procedura de achiziție publică în vederea atribuirii contractului antemenționat, am constatat posibila existență a unui conflict de interese, așa cum este acesta prevăzut la art. 59-60 din Legea 98/2016 privind achizițiille publice. Astfel, vă aduc la cunoștință faptul că între operatorul economic ... S.R.L. (în calitate de membru al asocierii ... – ... S.R.L.) și ... S.R.L. (reprezentată prin ... în calitate de Administrator și emitent al documentației tehnico-economice „Studiu de Fezabilitate sistem supraveghere video stradală pentru siguranța cetățenilor ...” pentru prezentul obiectiv de investiții și, totodată, având calitatea de expert tehnic cooptat în cadrul procedurii de achiziții) au existat relații comerciale anterioare, respectiv Contractul de prestare servicii nr. 1400/20.10.2016, având ca obiect servicii de consultanță și suport în vederea întocmirii documentației tehnice la nivel de studiu de fezabilitate pentru implementarea proiectului „Supraveghere video pentru siguranța cetățenilor ... – SYS5”.

- În temeiul art. 59-60 vă rugăm să analizați posibila existență a unei situații în care membrii personalului furnizorului de servicii de achiziție (... S.R.L. reprezentată prin ... în calitate de administrator al societății, proiectant și expert cooptat în procedura de achiziție a Studiului de Fezabilitate mai sus menționat), care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia ar putea fi perceput ca element care compromite inparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire. Totodată, vă rugăm să analizați posibila aplicare a prevederilor art. 167 lit. e și lit. f.

Ținând cont de cele menționate mai sus, vă rugăm să inițiați demersurile pentru obținerea unui punct de vedere oficial al ANAP privind existența conflictului de interese în situația expusă.

De asemenea, vă rugăm ca, ulterior obținerii punctului de vedere, să ne transmiteți poziția dvs. legată de activitatea expertului tehnic cooptat precum și poziția operatorului economic al ... S.R.L. față de situația notificată.”

Consiliul constată că, în urma primirii înștiințării antemenționată, autoritatea contractantă a întreprins următoarele acțiuni: a emis, la data de 28.06.2018, Notificarea nr. 61837/28.06.2018, prin care a reziliat Contractul nr. 45251/09.05.2018, de prestări servicii de evaluare tehnică

efectuate în calitate de expert cooptat pe lângă comisia de evaluare oferte, încheiat cu S.C. ... S.R.L.

De asemenea, Consiliul constată că, la data de 04.07.2018, autoritatea contractantă a transmis comunicarea nr. 63958 către ofertantul asocierea formată din ... și ... S.R.L., prin care exclude din procedura de atribuire asocierea în cauză, ca măsură de remediere a conflictului de interese potrivit dispozițiilor art. 59-60, din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la acest motiv, membrii comisiei de evaluare au consemnat următoarele aspecte în cadrul *Procesului verbal de evaluare tehnică - intermediar nr. 8 – nr. 2521/04.07.2018,* respectiv:

"Analiza existenței unui conflict de interese, așa cum rezultă din adresa 60126/25.06.2018, din partea ... S.R.L.:

(...)

Între ... și ... S.R.L. s-a încheiat un contract de prestări servicii nr. 45251/09.05.2018, având ca obiect servicii de evaluare tehnică ale unui expert cooptat pe lângă comisia de evaluare. De asemenea, între ... şi ... S.R.L. s-a încheiat un contract nr. 42309/18.10.2017, având ca obiect servicii de realizare studii de fezabilitate Sistem supraveghere video stradală pentru siguranţa cetățenilor ....

În cadrul procesului de evaluare a propunerilor tehnice depuse de către ofertanţii participanţi la procedura de achiziţie, în vederea atribuirii contractului mai sus menționat, ... S.R.L. prin ..., având calitatea de administrator și de expert cooptat la procedura menționată, a semnalat posibila existență a unui conflict de interese, așa cum acesta este prevăzut la art. 59-60 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, actualizată.

Între operatorul economic ... S.R.L. (în calitate de membru al asocierii ... - ... S.R.L.) și ... S.R.L., reprezentată prin ..., având calitatea de Administrator, de emitent al documentaţiei tehnico-economice „studiu de fezabilitate Sistem supraveghere video stradală pentru siguranţa cetățenilor ..." și totodată de expert cooptat la procedura menționată, au existat relaţii comerciale anterioare, respectiv contractul de prestare servicii nr. 1400/20.10.2016, având ca obiect servicii de consultanță și suport în vederea întocmirii documentaţiei tehnice la nivel de studiu de fezabilitate pentru implementarea proiectului „Sistem supraveghere video stradală pentru siguranţa cetățenilor ... - SYS".

În temeiul art. 59, 60 alin. d) din Legea nr. 98/2016, s-a ajuns la ceea ce se defineşte a fi conflict de interese, respectiv o situație în care un furnizor de servicii de achiziţie care acționează în numele autorității contractante ar putea fi perceput ca element care compromite imparţialitatea ori independența, în contextul procedurii de atribuire, așa cum se stipulează la art. 59 din Legea nr. 98/2016, actualizată.

De asemenea, s-a creat situația în care ofertantul asociat se află în relaţii comerciale cu persoane cu funcţii de decizie în cadrul furnizorului

de servicii de achiziţie implicat în procedura de atribuire, așa cum reiese din art. 60 alin. d) din Legea nr. 98/2016, actualizată.

Față de cele menționate mai sus, comisia de evaluare a hotărât în cadrul şedinţei din 04.07.2018, excluderea asocierii ... - ... S.R.L. din procedura de atribuire „Furnizare, instalare și punere în funcţiune Sistem supraveghere video și dotare Dispecerat pentru obiectivul Creşterea siguranţei sociale și prevenirea criminalității în ..." ca o măsură de remediere a unui posibil conflict de interese, începând cu data prezentei. De asemenea, autoritatea contractantă a reziliat contractul nr. 45251/09.05.2018, încheiat cu ... S.R.L., având ca obiect servicii de evaluare tehnică ale unui expert cooptat."

Consiliul determină incidența următoarelor norme juridice în speța analizată:

- art. 59 din Legea nr. 98/2016: *„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 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016: *„(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/s oție, 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"*;

- art. 62 din Legea nr. 98/2016:

„(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. 130 alin. (1), (3) și (5) din H.G. nr. 395/2016:

„(1) Comisia de evaluare și experții cooptați au obligația de a semna pe propria răspundere o declarație de confidențialitate și imparțialitate prin care se angajează să respecte prevederile art. 129 și prin care confirmă că nu se află într-o situație care implică existența unui conflict de interese. (...).

(3) În cazul în care unul dintre membrii desemnați în comisia de evaluare sau unul dintre experții cooptați constată că se află într-o situație de conflict de interese, atunci acesta are obligația de a solicita de îndată înlocuirea sa din componența comisiei respective cu o altă persoană. (...).

(5) În cazul în care sunt sesizate astfel de situații, autoritatea contractantă are obligația de a verifica cele semnalate și, dacă este cazul, de a adopta măsurile necesare pentru evitarea/remedierea oricăror aspecte care pot determina apariția unui conflict de interese”.

- art. 139 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Înainte de iniţierea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă ***are dreptul de a organiza consultări ale pieţei în vederea pregătirii achiziţiei,*** *prin raportare la obiectul contractului de achiziţie publică, şi pentru a informa operatorii economici cu privire la planurile de achiziţie şi cerinţele avute în vedere în legătură cu acestea, făcând cunoscut acest lucru prin intermediul SEAP, precum şi prin orice alte mijloace.*

(2) În cadrul consultărilor prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are dreptul de a invita experţi independenţi, autorităţi publice sau operatori economici, inclusiv organizaţii reprezentative ale acestora.

(3) Autoritatea contractantă are dreptul de a utiliza sau implementa opiniile, sugestiile sau recomandările primite în cadrul consultărilor prevăzute la alin. (1) pentru pregătirea achiziţiei şi pentru organizarea şi desfăşurarea procedurii de atribuire, cu condiţia ca utilizarea sau implementarea acestor opinii, sugestii sau recomandări să nu aibă ca efect denaturarea concurenţei şi/sau încălcarea principiilor nediscriminării şi transparenţei.

(4) Modalităţile, condiţiile şi procedura de organizare şi de desfăşurare a consultărilor prevăzute la alin. (1) se stabilesc prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi.”

- art. 140 din Legea nr. 98/2016:

„(1) În situaţia în care un candidat/ofertant sau o entitate care are legături cu un candidat/ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări autorităţii contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, în cadrul consultărilor prevăzute la art. 139 sau în orice alt mod, inclusiv

ca parte a unor servicii de consultanţă, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că participarea respectivului candidat/ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurenţa.
(2) Măsurile prevăzute la alin. (1) pot include, printre altele, comunicarea către ceilalţi candidaţi/ofertanţi a informaţiilor relevante care au fost transmise în contextul participării candidatului/ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire sau care decurg din această participare şi stabilirea unor termene corespunzătoare pentru depunerea ofertelor."

- art. 167 alin. (6) din legea nr. 98/2016

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

(...)

„(6) Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenţei punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile."

Din economia celor mai sus reținute se are în vedere că scopul măsurilor impuse de legiuitor în sarcina autorității contractante prin prevederile juridice antecitate, este asigurarea unei concurențe reale, scop ce poate fi obținut, printre altele, prin participarea unui număr cât mai mare de operatori economici, și nu prin eliminarea ofertanților ca urmare a unui formalism excesiv al comisiei de evaluare, în baza unor simple prezumții/ temeri ale membrilor acestora.

Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a făcut aplicarea prevederilor art. 62 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, nesolicitând asocierii ...-... S.R.L., a punctului de vedere cu privire la situația potențial generatoare de conflict de interese în care aceasta s-ar afla datorită participării asociatului ... S.R.L. la o altă procedură împreună cu consultantul S.C. ... S.R.L., precum și cu expertul cooptat – dl. .... Totodată, Consiliul va reține că autoritatea contractantă nu a făcut aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 (antemenționate).

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta asocierii, în baza prezumției consemnată în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, astfel cum a fost mai sus amintită.

Urmare celor antemenționate, Consiliul constată că ... nu a aplicat dispozițiile legale de mai sus, luând decizia de excludere a asocierii ...-... S.R.L. cu încălcarea acestor dispoziții legale.

Argumentul decisiv pe care se bazează autoritatea contractantă în decizia de excludere a ofertei depuse de asocierea în discuție se bazează

pe faptul că S.C. ... S.R.L. a avut acces la documentaţia tehnico-economica încă de la întocmirea studiului de fezabilitate în care este inclusă valoarea totală cu detalierea pe structura devizului general si eşalonarea costurilor coroborate cu graficul de realizare a investitei, iar în documentaţia de atribuire este încărcat Devizul General si Devizul pe obiecte fără ca acestea să conţină valorile stabilite, ceea ce duce la încălcarea dispozițiilor art. 167 alin, 1, lit. d), e) si f) din Legea nr. 98/2016.

Contrar celor susținute de achizitoare, se are în vedere că în prezenta procedură de atribuire asocierea ...-... S.R.L. nu a beneficiat de informații suplimentare în raport de ceilalți operatori economici participanți la procedură, în concordanță cu principiului tratamentului egal, principiu care stă la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, documentația aferentă aferentă studiului de fezabilitate se regăsește în cadrul documentației de atribuire publicată în SEAP, fiind astfel pusă la dispoziția tuturor operatorilor economici interesați.

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior respingerii ofertei asocierii, autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate/ stabilească (astfel cum impun prevederile art. 1 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 coroborat cu art. 62 alin. (3) din Legea nr. 98/2016) dacă ofertantul se află sau nu în conflict de interese astfel cum este acesta definit la art. 59 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit înțelesului general în limba română, verbul „a constata” are semnificația „a stabili situația sau starea unui lucru, existența unui fapt, a unui adevăr”, ceea ce exclude situația din speța dedusă soluționării, în care autoritatea contractantă, fără a solicita puncte de vedere de la asociere și Consiliului Concurenţei, a ales să ignore obligațiile legale pe care le avea într-o atare situație.

Conform art. 53 din Legea nr. 98/2016, *„Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege”.*

Potrivit art. 2 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, *„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”*.

Conform alin. (3) al normei juridice anterior amintită *„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”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține că scopul măsurilor impuse autorității contractante prin prevederile juridice antecitate este asigurarea unei concurențe reale, scop ce poate fi obținut, printre altele, prin participarea unui număr cât mai mare de operatori economici, și nu prin eliminarea ofertanților ca urmare a unui formalism excesiv al comisiei de evaluare, în baza unor simple prezumții/ temeri ale membrilor acestora.

Totodată, Consiliul reține că, chiar și în situația în care ar fi constatat existența unui real/documentat/dovedit conflict de interese, autoritatea contractantă ar fi trebuit, pentru respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și pentru asigurarea unei cât mai bune concurențe, să adopte măsura cea mai puțin severă dintre cele prevăzute la art. 62 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 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.

Ori, prin respingerea ofertei contestatorului fără o fundamentare concretă, acțiunile comisiei de evaluare au avut ca rezultat tocmai restrângerea artificială a concurenței, contrar prevederilor art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., membru al asocierii ...-... S.R.L., în contradictoriu cu ....

Anulează Procesul verbal de evaluare tehnică - intermediar nr. 8/2521/04/07/2018 și obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta asocierii ...-S.C. ... S.R.L., potrivit prevederilor legale, documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul anulează adresele de comunicare subsecvente şi dependente de Procesul verbal de evaluare tehnică - intermediar nr. 8/2521/04/07/2018 şi obliga autoritatea să comunice noul rezultat al evaluării, conform Legii nr. 98/2016 și normelor de aplicare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul social în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ...

Anulează Procesul verbal de evaluare tehnică - intermediar nr. 8/2521/04/07/2018 și obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta asocierii ...-S.C. ... S.R.L., potrivit prevederilor legale, documentației de atribuire și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Anulează adresele de comunicare subsecvente şi dependente de Procesul verbal de evaluare tehnică- intermediar nr. 8/2521/04/07/2018 şi obliga autoritatea să comunice noul rezultat al evaluării, conform Legii nr. 98/2016 și normelor de aplicare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva ei se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate.

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