

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de către, cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CIF, reprezentată legal prin, având funcția de administrator, împotriva raportului procedurii nr., emis de către, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, cod CPV principal 90910000-9 – Servicii de curățenie (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea raportului procedurii nr., precum și a actelor preliminare și subsecvente emise de entitatea contractantă cu referire la aspectele ce vizează declararea câștigătoare a ofertei depusă de
- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor în sensul excluderii participanților clasați pe primul (.....) și al doilea loc (.....);
- obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire precum și la emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația formulată, ..., în calitate de operator economic participant la procedura simplificată critică decizia entității contractante de a declara admisibile ofertele depuse de și

Contestatoarea arată că, pe parcursul desfășurării procedurii, a semnalat faptul că există un motiv de excludere a participanților și, raportat la faptul că au același administrator, însă, entitatea contractantă a răspuns că motivul invocat nu reprezintă un motiv de excludere, ignorând legislația în materie.

Menționează că urmare a evaluării ofertelor, a fost întocmit raportul procedurii nr., prin care a fost stabilit clasamentul ofertanților în urma aplicării criteriului de atribuire, astfel: oferta depusă de - locul 1; oferta depusă de - locul 2; oferta depusă de - locul 3; oferta depusă de - locul 4.

În opinia sa, entitatea contractantă a încălcat flagrant prevederile Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Astfel, arată că potrivit dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2016: *„Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) d) entitatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau/în legătură cu procedura în cauză”.*

Totodată, arată că dispozițiile art. 180 alin. (3) lit. b) din aceeași lege, prevăd că: *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), se consideră că entitatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză în următoarele situații, reglementate cu titlu exemplificativ: (...) b) în cadrul organelor de conducere a 2 sau mai multor operatori economici participanți la procedura de atribuire se regăsesc aceleași persoane sau persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care au interese comune de natură personală, financiară sau economică sau de orice altă natură”.*

Mai arată că, din certificatele de furnizare informații ONRC nr. și nr. reiese faptul că participanți și au aceiași administratori, respectiv, născută la data de și, născută la data de, astfel că acești ofertanți trebuiau excluși.

Susține că verificarea situațiilor de potențială excludere a participanților era în sarcina entității contractante, demers ce trebuia realizat înainte de stabilirea caracterului admisibil și câștigător al ofertei

În acest context, apreciază că entitatea contractantă avea, potrivit art. 180 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, obligația de a solicita Consiliului Concurenței punct de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză.

În considerarea celor expuse, apreciază că evaluarea realizată de entitatea contractantă nu a fost una temeinică și completă în ceea ce privește ofertele depuse de participanți și, respectiv oferta pe

care a desemnat-o câștigătoare, motiv pentru care solicită admiterea contestației formulate.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulată de, ca tardivă, iar pe fond, respingerea acesteia ca nefondată și neîntemeiată.

Cu titlu de excepție, entitatea contractantă invocă excepția tardivității formulării contestației prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, arată că potrivit art. 76 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: *„Entitatea contractantă publică prin mijloace electronice denumirea și datele de identificare ale ofertantului/candidatului/sub contractantului 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”*.

Menționează că declarația de participare a fost publicată în SEAP în data de, prin urmare, contestatoarea avea cunoștință despre numele ofertanților și datele acestora de identificare din acea dată. Drept urmare, avea dreptul și posibilitatea să conteste orice ofertant în termen de 7 zile de la data luării la cunoștință a participanților (7 zile începând din), însă prin contestație, ... contestă raportul procedurii publicat, în SEAP, la data de

Aceasta subliniază faptul că raportul procedurii nu aduce nici un element de noutate în plus față de declarația de participare cu privire la operatorii economici care au depus oferte sau la datele de identificare ale acestora.

Având în vedere că de la momentul publicării declarației de participare și până la data depunerii contestației au trecut 28 de zile, entitatea contractantă consideră tardivă contestația formulată de

De asemenea, subliniază faptul că a așteptat clasamentul final, stabilit în urma aplicării criteriului de atribuire și apoi, a formulat contestația.

Pe fond, referitor la susținerile contestatoarei cu privire la încălcări ale legislației arată că aceasta nu demonstrează în niciun fel că primii doi ofertași clasați au încheiat vreun acord care vizează denaturarea concurenței în cadrul procedurii de achiziție.

Referitor la susținerile potrivit cărora reprezentanții primilor doi clasați au același administrator, deși sunt trecute două nume diferite cu date de naștere diferite, entitatea contractantă susține că potrivit documentelor depuse în cadrul procedurii de atribuire de către ofertanți, comisia de evaluare nu a considerat oportună respingerea vreunui ofertant, deoarece nu a avut indicii rezonabile/informații concrete care să

vizeze denaturarea concurenței în legătură cu această procedură de achiziție.

Prin e-mailul transmis în data de, înregistrat la Consiliu cu nr., ... a transmis, în copie, Anexa 1 Recipisa de consemnare înregistrată la cu nr.

Prin adresa nr., Consiliul a solicitat contestatoarei să prezinte dovada constituirii unei cauțiuni stabilite de legiuitor în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului (....), potrivit dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din același act normativ având în vedere că Anexa 1 Recipisa de consemnare înregistrată la cu nr. prezentată, în copie, nu reprezintă cauțiune în sensul art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr., ..., a transmis, în original, Anexa 1 Recipisa de consemnare înregistrată la cu nr.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de ... în data de ..., stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de lei.

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

....., în calitate de entitate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, cod CPV principal 90910000-9 – Servicii de curățenie (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de lei, fără TVA.

Din susținerile părților, Consiliul reține că disputa din litigiu este asupra incidenței excluderii privitor la denaturarea concurenței, cauzată, în opinia ofertantului (situat pe locul III, în clasamentul realizat de entitatea contractantă), de identitatea asociaților și administratorilor (..... și) societăților și

Analizând cu prioritate excepția tardivității contestației, invocată de entitatea contractantă, Consiliul constată netemeinicia acesteia. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere, pe de o parte, că actul contestat este comunicarea raportului procedurii nr., nu declarația de participare, publicată în SEAP, care nu reprezintă finalitatea evaluării ofertelor.

Prin urmare, Consiliul are în vedere că, raportat la actul contestat (raportul procedurii nr.) transmiterea contestației, în data de, se situează în interiorul termenului legal, motiv pentru care va respinge, ca nefondată, excepția de tardivitate, invocată de autoritatea contractantă.

Procedând la analiza fondului cauzei, în soluționare, Consiliul consideră relevante prevederile art. 180 din Legea nr. 99/2016, potrivit căroră: „(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) d) entitatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză; (...) (3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), se consideră că entitatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză în următoarele situații, reglementate cu titlu exemplificativ: a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire; b) în cadrul organelor de conducere a 2 sau mai multor operatori economici participanți la procedura de atribuire se regăsesc aceleași persoane sau persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care au interese comune de natură personală, financiară sau economică sau de orice altă natură; c) un ofertant/candidat a depus două sau mai multe oferte/solicitări de participare, atât individual cât și în comun cu alți operatori economici sau doar în comun cu alți operatori economici; d) un ofertant/candidat a depus ofertă/solicitare de participare individuală/în comun cu alți operatori economici și este nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte/solicitări de participare. (4) Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), entitatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenței punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile. (5) Entitatea contractantă are obligația furnizării tuturor informațiilor solicitate de Consiliul Concurenței, în vederea formulării punctului de vedere, conform dispozițiilor alin. (4)”.

Din expunerea contestatoarei, Consiliul observă că aceasta nu prezintă elemente sau informații prin care să demonstreze o înțelegere între ofertanții criticați care să distorsioneze concurența. Cu toate acestea, existența, în conducerile celor două societăți, a aceluiași persoane, ar putea demonstra faptul că între acestea sunt înțelegeri de natură care să afecteze ceilalți competitori la licitația deschisă, ori că aceste persoane ar fi influențat conținutul ofertelor pe care le-au depus

în procedura contestată, dar constatarea unei conduceri comune a celor două societăți nu poate genera o excludere automată a lor dintr-o procedură de atribuire.

Trebuie reținut faptul că analiza/cercetarea împrejurărilor din partea entității contractante intervine doar dacă s-ar pune problema excluderii din procedură. Or, în situația actuală, nu a fost luată o astfel de decizie.

Pe de altă parte, prevederile din legea achizițiilor, evocate în cauză, nu incumbă entității contractante obligația respingerii imediate a ofertelor în cauză (asupra cărora planează suspiciunea unei înțelegeri anticoncurențiale). Autoritatea contractantă exclude din procedură ofertanții între care există relații de rudenie/afinitate sau sunt aceleași persoane doar dacă are suficiente indicii plauzibile că aceștia ar fi denaturat concurența. Așadar, entității contractante îi revine sarcina verificării și aprecierii situației în cauză, nu a excluderii automate.

Cu toate acestea, Consiliul constată că entitatea contractantă nu și-a exercitat rolul activ și nu a solicitat puncte de vedere Consiliului Concurenței și ofertanților în cauză.

Pe de altă parte, chiar în situația în care ofertanții fac parte din același grup de firme, existând raporturi de control, entitatea contractantă are obligația verificării incidenței unor eventuale înțelegeri care să influențeze rezultatul unei proceduri de atribuire, nu a excluderii automate.

În acest sens s-a pronunțat și CJUE, prin hotărârea din 8 februarie 2018, în cauza C-144/17 *Lloyd's of London*:

*37 În această privință, trebuie amintit că Curtea a reținut deja că grupările de întreprinderi pot avea forme și obiective variabile și nu exclud în mod necesar posibilitatea ca întreprinderile controlate să se bucure de o anumită autonomie în cadrul gestiunii politicii lor comerciale și a activităților lor economice, în special în domeniul participării la proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice. Astfel, raporturile dintre întreprinderile din cadrul aceluiași grup pot fi reglementate de dispoziții speciale de natură să garanteze atât independența, cât și confidențialitatea la momentul elaborării ofertelor care ar fi depuse simultan de întreprinderile în cauză în cadrul aceleiași cereri de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, *Assitur*, C 538/07, EU:C:2009:317, punctul 31).*

38 Respectarea principiului proporționalității impune, așadar, ca autoritatea contractantă să aibă obligația de a examina și de a aprecia faptele, pentru a stabili dacă raportul existent între două entități a exercitat o influență concretă asupra conținutului ofertelor depuse de fiecare dintre acestea în cadrul aceleiași proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, constatarea unei asemenea influențe,

indiferent de forma ei, fiind suficientă pentru ca întreprinderile menționate să fie excluse din procedură (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C 538/07, EU:C:2009:317, punctul 32).

Constatând că susținerile contestatoarei sunt reale, iar entitatea contractantă nu a verificat incidența unor situații de denaturare a concurenței, Consiliul constată că evaluarea ofertelor clasate pe locul 1 și 2, nu a fost finalizată în ansamblul lor, situație în care criticile contestatoarei privind nelegalitatea evaluării ofertelor, sub aspectul analizat, sunt întemeiate.

În concluzie, Consiliul constată că evaluarea realizată a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune corespondență cu ofertanții clasati pe locurile 1 și 2 și respectiv cu Consiliul Concurenței a aspectelor în referință, știindu-se că orice decizie a entității contractante privind admiterea sau admiterea/respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente sau neclare, care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertelor.

De altfel, practica constantă a Consiliului, dar și a instanțelor naționale, a fost influențată și de practica instanțelor comunitare, care stabilește nevoia de clarificare a ofertelor, în orice situație în care există dubii privind situația de fapt și/sau de drept în care se află acestea, relevante fiind concluziile Tribunalului de Primă Instanță de la Luxemburg în hotărârea din cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva CE, punctele 56 și 57:

„56. Aceasta este situația în special atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei, despre care autoritatea are cunoștință, arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, pct. 37 și 38).

57. Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite

(Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43)”.

În mod similar, prin hotărârea Tribunalului din 27.09.2002, din cauza T-211/02, Tideland Signal împotriva CE, la punctele 37 și 38, se arată:

„37. Ca răspuns la argumentul autorității potrivit căruia comisia de evaluare nu era ținută de nicio obligație de a solicita clarificări de la ofertant, Tribunalul constată că puterea stabilită în secțiunea 19.5 din instrucțiunile către ofertanți trebuie, în special în conformitate cu principiul dreptului comunitar al bunei administrări, să fie însoțită de o obligație de a fi exercitată în împrejurări în care clarificarea unei oferte este atât practic posibil, cât și necesară (a se vedea, prin analogie, cauzele T-22/99 Rose/Comisia [2000], p. IA-SC-27 și 11-115, punctul 56, Carvelis v T-182/99 Parlamentul European [2001], p. IA-SC- 13 și 11-523, punctele 32-34; a se vedea, de asemenea, mai general, T-231/97, New Europe Consulting și Brown/Comisia [1999], p. 11-2403, punctul 42, și articolul 41 din Carta drepturilor fundamentale a UE, [J] 2000, C 364, p. 1, proclamată la Nisa la 7 decembrie 2000). În timp ce comisiile de evaluare ale autorității nu sunt obligate să solicite clarificări în toate cazurile în care o ofertă este redactată ambiguu, ele au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazurile în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are, probabil, o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă oferta fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri.

38. Mai mult, ar fi în contradicție cu principiul egalității, la care secțiunea 19.5 din instrucțiunile către ofertanți face referire în cazul de față, ca o comisie de evaluare să se bucure de o putere de apreciere nelimitată în a alege dacă sau nu să ceară clarificări privind o ofertă individuală, indiferent de considerații obiective și fără a fi supusă unei supravegheri judiciare) a se vedea, prin analogie, cauzele conexe T-112/96 și T-115/96 Seche/Comisia [1999], p. IA-SC-115 și 11-623, pct. 127)”.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația depusă de, în contradictoriu cu și va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii de atribuire nr. Va obliga entitatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze/clarifice ofertele depuse de și de, pe aspectul analizat, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția tardivității contestației, invocată de entitatea contractantă.

Admite contestația depusă de, în contradictoriu cu și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii de atribuire nr. Obligă entitatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze/clarifice ofertele depuse de și de, pe aspectul analizat, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

