

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. 1934/C1/2063

Data: 21.08.2023

Prin contestația nr. 638/24.07.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40403/25.07.2023, formulată de SC SRL în calitate de lider al Asocierii SC SRL – SC SRL, cu sediul în oraș, strada, județul, cod unic de înregistrare RO, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 34127/18.07.2023, emisă de către-....., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în, str. Prelungirea Traian, fără număr, județul, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Lucrări de întreținere curentă – Lucrări de estetică și scurgerea apelor - DRDP-..... – SDN -ACORD CADRU 4 ani” cod CPV 45233139-3, s-a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 34127/18.07.2023, prin care autoritatea contractantă exclude oferta sa, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) litera a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare;
- anularea raportului de atribuire întocmit de către autoritatea contractantă nr. 34124 din 18.07.2023, care a stat la baza comunicării rezultatului procedurii;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție și constatarea caracterului admisibil și conform al ofertei depuse de Asocieria SC SRL – SC SRL.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În speță, contestatorul precizează că, în data de 12.04.2023, a transmis către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, contestația formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, înregistrată la CNSC sub nr. 20135/13.04.2023.

Prin Decizia CNSC nr. 1102/C1/999/15.05.2023, Consiliul a admis contestația sa formulată în contradictoriu cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA - DRDP și a dispus autorității contractante anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente, obligând la reevaluarea ofertei Asocierii SC SRL – SC SRL.

Contestatorul susține că, prin punerea în aplicare a Deciziei CNSC nr. 1102/C1/999 din 15.05.2023, comisia de evaluare, așa cum reiese și din raportul procedurii pe care îl contestă, a căutat, în primul rând, alte motive de excludere de la prezenta procedură de licitație a Asocierii SC SRL – SC SRL.

Astfel că, în data de 18.07.2023, autoritatea i-a transmis excluderea asocierii, în conformitate cu prevederile art. 167 alin (1) lit. d) și alin (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Apreciază că decizia autorității contractante este nelegală și abuzivă pentru următoarele considerente:

Autoritatea contractantă a reevaluat oferta Asocierii SC SRL – SC SRL, în urma unor indicii care vizează denaturarea concurenței. Presupunerile și propria interpretare a comisiei de evaluare este referitoare la oferta sa tehnică și la oferta tehnică a Asocierii SC SRL – SC SRL. Însă, oferta Asocierii SC SRL – SC SRL nu a fost exclusă, după verificare, în baza aceluiași temei legal, art. 167 alin (1) lit. d) și alin (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, care vizează denaturarea concurenței, ci, a fost declarată inacceptabilă și neconformă, conform art. 134 alin (5) și art. 137 alin. (3) litera a) din HG nr. 395/2016, cu

modificările și completările ulterioare și respinsă, în temeiul art. 137 alin. (1) din același act normativ.

Posibilitatea asemănărilor dintre cele două oferte ar rezulta din faptul că societățile SC SRL și SC SRL au participat în asociere la licitații anterioare, iar documentația respectivelor licitații a fost pregătită împreună de cele două societăți, existând astfel tiparul/modelul unei propuneri tehnice, respectiv, financiare, similar.

Contestatorul precizează că SC SRL și SC SRL au participat în asociere la procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii „Acord cadru pentru întreținere curentă pe timp de iarnă DRDP Timișoara: Lot 4 SDN Caransebeș pentru districtele Valea Cernei, Mehadia, Berzasca, Moldova Nouă, Oravița și Bozovici” anunț de participare nr. CN1933188/23.07.2021- anexează prezentei acordul de asociere nr. 42 din 06.08.2021, declarația de participare și Acord-Cadru de Servicii nr. 550/376 din 08.12.2021, rezultând faptul că cele două societăți au participat în asociere și câștigat licitația menționată, oferta fiind întocmită împreună, iar documentele respective au rămas în arhiva ambilor asociați.

Mai mult decât atât, administratorul SC SRL a fost angajat al SC SRL, în perioada 06.05.2019-31.08.2022 (anexează decizia de încetare a contractului individual de muncă), perioadă în care a participat la pregătirea documentațiilor aferente tuturor licitațiilor SC SRL la care a participat, însușindu-și astfel know-how-ul companiei în cadrul căreia a funcționat.

Raportat la afirmațiile autorității contractante formulate în comunicarea raportului procedurii, unde face referire la o serie de greșeli de redactare, contestatorul redă în continuare un extras din decizia CNSC nr. 1396/C7/1513/21.06.2023 aferentă dosarului nr. 1513/2023, privind excluderea Asocieri SC SRL – SC SRL de la procedura organizată de către DRDP Brașov.

Contestatorul menționează faptul că motivele care au stat la baza excluderii ofertei asocierii SC SRL – SC SRL, de la procedura derulată de către DRDP sunt identice cu motivele de excludere ale asocierii de la procedura derulată de către DRDP Brașov.

DRDP, cu toate că pe parcursul procesului de analizare a ofertelor i-a transmis solicitări de clarificări, a ales să nu recurgă la solicitarea de clarificări cu privire la motivul de excludere identificat, respectiv, nu i-a acordat posibilitatea de a furniza argumente și probe pentru combaterea acestuia. În speță, consideră că o asemenea solicitare se impunea, mai cu seamă prin prisma posibilității dovedirii inexistenței vreunei înțelegeri anticoncurențiale, posibilitate acordată de art. 168 și 171 din lege.

În opinia sa, Direcția Regională de Drumuri și Poduri a manifestat o atitudine părtinitoare față de el, căruia nu i-a acordat posibilitatea legală de a se apăra față de motivul de excludere, mai cu seamă că, respingerea ofertei este întemeiată, exclusiv, pe constatări ale autorității contractante înseși împotriva sa, exact la fel cum a procedat DRDP Brașov, iar Consiliul a constatat acest aspect în decizia CNSC nr. 1396/C7/1513/21,06.2023.

Pe lângă toate cele expuse mai sus, contestatorul nu poate înțelege faptul că autoritatea contractantă în momentul reluării procedurii de atribuire, în situația în care singurii ofertanți care îndeplineau cerințele din procedura de atribuire erau: Asocieria SC SRL – SC SRL, SC AG SRL și SC SRL, au decis excluderea Asocierii SC SRL – SC SRL în baza unor proprii presupuneri, pe motivul posibilității existenței unui acord care vizează denaturarea concurenței cu o altă asocierie, care are oferta declarată inacceptabilă și neconformă, potrivit art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (3) lit. a) și nicidecum nu este exclusă, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a), respectiv Asocieria SC SRL – SC SRL.

Susține că DRDP, cu rea intenție, a dorit excluderea sa din prezenta procedură; pentru a demonstra acest fapt, prezintă parte din derularea procedurii de licitație publică „Lucrări de întreținere curentă - Lucrări de estetică și scurgerea apelor - DRDP-..... - SDN - ACORD CADRU 4 ani", organizată de DRDP, unde Asocierii SC SRL – SC SRL i-au fost solicitate clarificări în ceea ce privește propunerea tehnică, oferindu-se un termen de răspuns de 1 (una) zi lucrătoare; menționează faptul că sistemul SEAP l-a anunțat în

data de 02.02.2023 orele 13:39. Ca urmare a clarificărilor depuse, oferta asocierii a fost descalificată în cadrul propunerii tehnice.

Arată că, urmare a raportului procedurii prin care oferta asocierii a fost descalificată, a depus contestație la CNSC, contestație care a fost admisă și s-a emis Decizia nr. 1102/C1/999/15.05.2023. Urmare a deciziei CNSC, autoritatea contractantă i-a solicitat din nou clarificări, de această dată în ceea ce privește propunerea financiară depusă, având ca termen de răspuns tot 1 (una) zi lucrătoare, notificare primită pe email de la SEAP în 25.05.2023, orele 15:24; până în acest moment, totul la „limita legii”, fiind respectat termenul de răspuns la clarificări conform Legii nr. 98/2016, dar suspiciunea rezonabilă care confirmă cele menționate mai sus apare în data de 30 mai 2023 orele 14:51, notificare email SEAP, când i se solicită prelungirea garanției de participare, dându-i-se termen de depunere, în original, până în data de 31.05.2023, adică următoarea zi, sediile SC SRL și SC SRL fiind în, județul, la o distanță de aproximativ 760 kilometri, deși garanția de participare era valabilă până în data de 07.06.2023.

Referitor la sesizarea Consiliului Concurenței și la răspunsul acestora, precizează că autoritatea contractantă evită să îi transmită mai multe informații. În raportul procedurii îl informează că a solicitat un punct de vedere cu privire la indiciile identificate.

Cu referire la acest aspect, arată că în cadrul procedurilor organizate de DRDP Brașov și DRDP Timișoara a avut acces la punctul de vedere al Consiliului Concurenței, sesizat pentru același motiv, punct de vedere care a fost transmis în data de 17.05.2023, atât către DRDP Brașov, cât și către DRDP Timișoara.

Se întreabă contestatorul care este data la care Consiliul Concurenței a transmis punctul său de vedere către DRDP, dacă este după data de 21.06.2023, cum autoritatea contractantă declară, sau se încearcă o inducere în eroare și s-a căutat intenționat un alt motiv de excludere, iar, în lipsa unor motive temeinice de respingere a ofertei, DRDP a hotărât excluderea ofertei sale, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a), adică descalificarea sub orice formă a ofertelor unde participă SC SRL.

După analiza propunerilor tehnice și financiare, DRDP i-a solicitat documentele DUAЕ, constatând că oferta sa este admisibilă, respectiv în data de 21.06.2023. Dacă Consiliul Concurenței a transmis către ei ulterior un punct de vedere, se întreabă dacă acesta este motivul excluderii Asocierii SC SRL – SC SRL, cu atât mai mult cu cât oferta Asocierii SC SRL – SC SRL a fost declarată inacceptabilă și neconformă potrivit art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. 3, lit. a).

Contestatorul invocă în susținere decizia CNSC nr. 1396/C7/21.06.2023.

De asemenea, susține că, în punctele de vedere respective, Consiliul Concurenței a menționat: „De precizat este faptul că simpla existență a indiciilor prezentate mai sus, luate individual, nu conduce, prin ea însăși, la distorsionarea procesului competițional desfășurat în cadrul procedurii de achiziție publică”. Astfel, inclusiv Consiliul Concurenței nu confirmă faptul că au fost încheiate acorduri care vizează denaturarea concurenței.

Contestatorul arată că, în perioada 17.05 - 18.05.2023, ca urmare a solicitării CNAIR, prin DRDP-uri, s-a desfășurat o investigație a Consiliului Concurenței în cadrul SC SRL și SC SRL și anexează documentele emise de către Consiliul Concurenței.

Dar, potrivit comunicării de pe site-ul Consiliului Concurenței, pe care o anexează, s-au declanșat investigații cu privire la acorduri care să vizeze denaturarea concurenței, atât la SC AG SRL, precum și SC SRL; aceste două societăți au fost desemnate câștigătoare, atât în primul raport al procedurii, precum și în al doilea raport al procedurii. Tratatul comisiei de evaluare față de oferta asocierii SC SRL – SC SRL, fiind inechitabil, în comparație cu ofertele celorlalte două societăți.

În concluzie, susține contestatorul, CNAIR, prin DRDP, încearcă sub orice formă excluderea de la toate procedurile de achiziție unde a participat, a SC SRL, aceasta fiind un răspuns la denunțul formulat de către reprezentantul legal a SC SRL, față de Directorul Direcției de Întreținere Drumuri Naționale și Autostrăzi, care a fost arestat pentru luare de mită și este cercetat pentru infracțiuni de

corupție în dosarul nr. 3087/108/2022, aflat pe rolul Tribunalului (anexează extras de pe portalul Tribunalului și articol de ziar).

În opinia sa, contrar celor concluzionate de autoritatea contractantă, oferta depusă de Asocierea SC SRL – SC SRL, în cadrul procedurii de atribuire a contractului Lucrări de întreținere curentă — Lucrări de estetică și scurgerea apelor – DRDP - - SDN - ACORD CADRU 4 ani este conformă, în raport cu cele arătate mai sus, prin documentele transmise în cadrul contestației fiind demonstrat faptul că nu este cazul de acorduri care să vizeze denaturarea concurenței, și, prin urmare, excluderea ofertei sale de către autoritatea contractantă apare ca nelegală și abuzivă.

În temeiul art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 solicită autorității să adopte măsurile de remediere adecvate raportat la contestația formulată.

În subsidiar, solicită Consiliului să dispună admiterea contestației sale, respectiv a capetelor de cerere indicate.

În baza art. 19 alin.(1) și (2) din Legea nr. 101/2016, solicită studierea documentelor de la dosarul Consiliului, a documentelor înaintate de Consiliul Concurenței către autoritatea contractantă și obținerea de fotocopii, după transmiterea de către autoritatea contractantă a dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 36770/31.07.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 41632/31.07.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

În punctul de vedere transmis Consiliului, autoritatea contractantă precizează că, în aplicarea Deciziei CNSC nr. 1102/C1/999, comisia de evaluare a reevaluat oferta Asocierii SC SRL - SC SRL, iar apoi a solicitat ofertanților Asocierea SC SRL - SC SRL, Lider de asociere SC SRL, SC AG SRL și SC SRL, să prezinte documentele suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAE, rezultatul evaluării regăsindu-se în procesul-verbal nr. 29687/21.06.2023.

După finalizarea reevaluării ofertei depusă de Asocierea SC SRL - SC SRL, comisia de evaluare a reluat analiza corespondenței trimisă de autoritatea contractantă la Consiliul Concurenței, cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, respectiv dacă sunt întrunite condițiile privind denaturarea concurenței în cadrul procedurii de atribuire referitoare la Asocierea SC SRL - SC SRL și Asocierea SC SRL - SC SRL, precum și răspunsurile primite de la Consiliul Concurenței.

Având în vedere indiciile identificate de comisia de evaluare privind denaturarea concurenței în prezenta procedură, precum și punctul de vedere emis în această privință de către Consiliul Concurenței, în temeiul art. 167 alin. (6) din Legea achizițiilor publice, prin procesul-verbal nr. 34123/18.07.2023, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) litera d) și alin. (5) litera a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare a hotărât excluderea din procedură a Asocierii SC SRL - SC SRL.

DRDP, în calitate pe autoritate contractantă, solicită respingerea acestei contestații, ca nefondată, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și, în susținerea acestei solicitări, face următoarele precizări:

Comisia de evaluare a constatat că în urma verificărilor înscrisurilor prezentate de ofertanții Asocierea SC SRL - SC SRL și Asocierea SC SRL & SC SRL, în cadrul propunerilor tehnice, sunt prezente foarte multe elemente identice precum și erori de redactare identice, conform celor înscrise în format tabelar.

Astfel, erorile de redactare identice în ambele propuneri tehnice, sunt următoarele:

1. MEMORIU TEHNIC - 3.1.1 Responsabilitățile cu caracter general: „în calitate de Contractant ne obligăm să despăgubim achizitorul împotriva oricăror : (...) iii)” fraza finală - reclamațiilor acțiunilor în justiție în loc de reclamațiilor și/sau/ori acțiunilor în justiție (pag. 7 în Propunerea Tehnică depusă de Asocierea S.R.L. - S.R.L./ pag. 7 în Propunerea Tehnică depusă de Asocierea SC SRL – SC SRL);

2. Lipsă articol hotărât - Responsabilități director executiv managementu în loc de managementul pct. 1, lit. a, (pag. 90 în Propunerea Tehnică depusă de Asociera SC SRL – SC S.L/ pag. 74 în Propunerea Tehnică depusă de Asociera SC SRL - SC SRL);

3. Responsabilități management trafic: Există diacritice doar la pct. 2, lit. a) (pag. 90 în Propunerea Tehnică depusă de Asociera SC SRL – SC SRL/pag. 74 în Propunerea Tehnică depusă de Asociera SC SRL – SC SRL);

4. Responsabilități șef punct de lucru: pct. 3, lit. „h” tehnic în loc de tehnic (pag. 91 în Propunerea Tehnică depusă de Asociera SC SRL – SC SRL/pag. 75 în Propunerea Tehnică depusă de Asociera SC SRL – SC SRL);

5. MASURI DE PROTECTIE COLECTIVA SI INDIVIDUALA A PERSONALULUI rubrica Factori de risc proprii sarcinii de muncă, coloana 2 - bară oblică inutilă (pag. 107 în Propunerea Tehnică depusă de Asociera SC SRL – SC SRL/pag. 91 în Propunerea Tehnică depusă de Asociera SC SRL – SC SRL).

În conformitate cu cele înscrise în procesul verbal nr. 34123/18.07.2023, comisia de evaluare a hotărât să excludă din procedură, Asociera - SC SRL & SC SRL, deoarece, a constatat că, în urma verificării înscrisurilor din cadrul propunerilor tehnice prezentate, Asociera SC SRL & SC SRL și Asociera SC SRL & SC SRL, au foarte multe elemente identice, asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului din documentele nestandardizate din documentația de atribuire, conform celor înscrise mai sus.

Autoritatea precizează că această decizie a fost luată, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere cele mai sus prezentate, CNAIR SA prin DRDP în calitate de autoritate contractantă, consideră argumentele aduse de Asociera SC SRL & SC SRL, ca fiind neîntemeiate, solicitând respingerea contestației, ca nefondată.

Având în vedere documentele depuse în cadrul procedurii, declarate „CONFIDENȚIALE”, respectiv „oferta în integralitate” precum și faptul că SC SRL a solicitat să i se permită accesul la dosarul al cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 43462/2063/C1/08.08.2023, Consiliul solicită SC SRL să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate de către aceasta ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să

demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. 583/10.08.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 43897/10.08.2022, SC SRL răspunde solicitării Consiliului, precizând că prin dezvăluirea informațiilor din oferta sa s-ar prejudicia interesele sale legitime în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

Prin adresa nr. 44170/2063/C1/11.08.2023 Consiliul a invitat contestatorul SC SRL în data de 16.08.2023 la sediul CNSC, în vederea consultării documentelor din dosarul nr. 2063/2023.

Ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu, SC SRL a transmis Concluzii scrise prin intermediul cărora învederează Consiliului următoarele completări, în justificarea admiterii contestației și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionată de soluționarea prezentului litigiu conform art. 26, alin. 9, din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul precizează că după studierea dosarului achiziției și lecturarea punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă a constatat că ofertanților desemnați câștigători nu le-au fost aplicate prevederile art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, deși potrivit comunicării de pe site-ul Consiliului Concurenței, s-au declanșat investigații cu privire la acorduri care să vizeze denaturarea concurenței, atât la societatea AG SRL, precum și societatea SRL.

Susține că punctul de vedere al DRDP în mare parte copiază contestația sa, fără să aducă argumente pertinente prin care să își justifice decizia de excludere a ofertei sale.

De asemenea arată că Consiliul Concurenței prin adresa nr. RG/8901/22.06.2023, menționează că nu se mai justifică emiterea unui punct de vedere, deoarece oferta Asocierii SRL - SRL, a fost declarată neconformă și respinsă.

În acest sens arată că în prezent oferta Asocierii SRL - SRL, nu a fost reintrodusă în cadrul procedurii de achiziție, astfel o încălcare a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a), nu are cum să se producă.

Prin urmare consideră că este clar că DD.P a avut o atitudine părtinitoare față de oferta sa, încercând sub orice modalitate, respingerea ofertei Asocierii SRL - SRL.

Consideră că în cadrul contestației a adus explicații plauzibile și a atașat documente care demonstrează faptul că nu au existat nicio înțelegere anticoncurențială.

Față de cele de mai sus, solicită admiterea contestației prin prisma criticilor arătate inițial și dezvoltate în urma consultării dosarului la CNSC, critici care sunt aceleași, nefiind aduse noi motive de neconformitate sau inacceptabilitate.

În subsidiar, solicită Consiliului să dispună admiterea contestației sale, respectiv a capetelor de cerere indicate.

Anexează dovada cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentului litigiu, respectiv:

- factura 030/04.08.2023,
- contractul de asistență juridică nr. 56/04.08.2023.

Prin adresa nr. 36772/31.07.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 41897/01.08.2023, autoritatea contractantă transmite copia dosarului achiziției.

Prin adresa nr. 641/25.07.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 40362/25.07.2023, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209343964/1 tranzacția nr. 1354994493/91143478 din 24.07.2023, eliberată de CEC Bank – Unitatea, în cuantum de 80.398,46 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

.....-....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Lucrări de întreținere curentă – Lucrări de estetică și scurgerea apelor - DRDP-..... - SDN -ACORD CADRU 4 ani” cod CPV 45233139-3, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de

participare nr. CN1048859/30.10.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 8.039.845,60 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Procedând la analiza fondului cauzei, se reține că anterior, în cadrul aceleiași proceduri, pe rolul CNSC a fost depusă contestația nr. 366/12.04.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20135/13.04.2023, formulată de SC SRL în calitate de lider al Asocierii SC SRL – SC SRL, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 17373/06.04.2023, emisă de către-....., în calitate de autoritate contractantă, prin care s-a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 17373/06.04.2023, prin care autoritatea contractantă declară oferta sa inacceptabilă și neconformă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (3) litera a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și o respinge ca atare în temeiul art. 137, alin. (1) din același act normativ;

- anularea raportului de atribuire întocmit de către autoritatea contractantă nr. 17366 din 06.04.2023, care a stat la baza comunicării rezultatului procedurii;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție și reevaluarea propunerii tehnice depusă de Asocierea SC SRL – SC SRL, iar urmare a reevaluării, constatarea caracterului admisibil și conform al ofertei depuse de Asocierea SC SRL – SC SRL.

Prin decizia CNSC nr. 1102/C1/999 din 15.05.2023, Consiliul a dispus astfel:

„Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC AG SRL, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Asocierii SC SRL – SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivarea aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare. Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare”.

În preambulul prezentei, se reține faptul că decizia pronunțată a rămas definitivă și executorie prin neatacare la Curtea de Apel.

Analizând modul de evaluare a ofertei contestatorului ulterior deciziei pronunțate de Consiliu, se reține că, potrivit adresei de comunicare rezultat nr. 34127/18.07.2023, autoritatea contractantă a hotărât excluderea din procedură a asocierii SC SRL – SC SRL în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, deoarece, s-a constatat că, în urma verificării înscrisurilor din cadrul propunerilor tehnice prezentate de Asocierea SC SRL – SC și Asocierea SC SRL – SC SRL, acestea au foarte multe elemente identice, conform tabelului comparativ (a se vedea tabelul din cadrul comunicării), existând indicii rezonabile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care denaturează concurența în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.

Dispozițiile legale reținute de către comisia de evaluare în adoptarea deciziei de respingere sunt cele ale art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a) și ale art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, în forma de la momentul inițierii licitației:

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

[...]

d) autoritatea 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;

[...]

(5) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d) se consideră că autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile 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;

Art. 215 - (5) Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută”.

Din consultarea Raportului procedurii nr. 34124/18.07.2023, întocmit de comisia de evaluare, reiese că aceasta a respins oferta Asocierii SC SRL – SC SRL, fără a recurge la solicitarea de clarificări din partea ofertantului asupra motivului de excludere identificat, respectiv fără a îi acorda posibilitatea de a furniza argumente și probe pentru combaterea acestuia. În speță, o asemenea solicitare se impunea, mai cu seamă prin prisma posibilității dovedirii inexistenței vreunei înțelegeri anticoncurențiale, posibilitate acordată de art. 168 și 171 din lege:

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

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.

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

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

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

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând

seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

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

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”.

Direcția Regională de Drumuri și Poduri a manifestat o atitudine părtinitoare în defavoarea contestatorului, căruia nu i-a acordat posibilitatea legală de a se apăra față de motivul de excludere, mai cu

seamă că respingerea ofertei este întemeiată exclusiv pe constatări ale autorității contractante împotriva respectivului ofertant.

Este întemeiat și veridic faptul autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici (art. 58 din lege), însă la fel de veridic este și faptul că respingerea, pe considerentul unei presupuse înțelegeri anticoncurențiale, trebuie pusă în prealabil în discuția ofertantului vizat. După cum s-a relevat și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, *„ofertantul nu poate fi exclus din procedura de atribuire dacă reușește să dovedească, într-un mod satisfăcător pentru autoritatea contractantă, că măsurile corective adoptate îi restabilesc fiabilitatea. Statele membre sunt obligate să se conformeze principiului respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere dintr-o procedură de atribuire (Hotărârea din 14 ianuarie 2021, RTS infra și Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19, EU:C:2021:13). În sensul că statele membre ale Uniunii și, în special, autoritățile contractante trebuie să respecte nu numai principiile aplicabile achizițiilor enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, printre care figurează în special principiile egalității de tratament, transparenței și proporționalității, ci și principiul respectării dreptului la apărare, care, în calitate de principiu fundamental al dreptului Uniunii din care face parte integrantă dreptul de a fi ascultat în orice procedură, își găsește aplicarea în cazul în care administrația intenționează să adopte împotriva unei persoane un act cauzator de prejudicii, precum o decizie de excludere adoptată în cadrul unei proceduri de achiziție, sunt și Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ' Italia, C-276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, și Hotărârea din 3 iulie 2014, Kamino International Logistics și Datema Hellmann Worldwide Logistics,*

C-129/13 și C- 130/13, EU:C:2014:2041, punctul 28, precum și

jurisprudența acolo citată, concluzii incidente și în speța de față.

Așadar, în temeiul dreptului la apărare, care își găsește aplicarea atunci când administrația își propune să adopte față de o persoană un act care îi cauzează un prejudiciu, destinatarilor deciziilor care le afectează în mod sensibil interesele trebuie să li se dea posibilitatea de

a-și face cunoscut, în mod util, punctul de vedere cu privire la elementele

pe care autoritatea contractantă intenționează să își întemeieze decizia (a se vedea în acest sens, de exemplu, Hotărârea din 22 septembrie 2022, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság și alții, C-159/21, EU:C:2022:708, punctul 45, Hotărârea din 16 octombrie 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, punctul 39, și Hotărârea din 3 iunie 2021, Jumbocarry Trading, C-39/20, EU:C:2021:435, punctul 31)

Chiar și Consiliul Concurenței, în cadrul comunicatului oficial din luna mai 2023, menționează următoarele: *„Inspekțiile inopinate sunt autorizate de Curtea de Apel București și sunt justificate de necesitatea obținerii tuturor informațiilor și documentelor necesare clarificării posibilelor practici anticoncurențiale analizate. Efectuarea acestora nu reprezintă o antepunțare în ceea ce privește vinovăția companiilor”,* iar în cadrul adresei nr. RG/3076/17.05.2023, a menționat că: *„în cazul în care autoritatea contractantă decide excluderea operatorilor economici de la procedura de atribuire, aceștia din urmă au posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere”.*

Rezultă astfel, că autoritatea contractantă nu avea dreptul de a respinge oferta contestatorului fără a-i acorda, în prealabil, posibilitatea de a furniza dovezi prin care să combată susținerile autorității contractante, în sensul arătat.

Din parcurgerea conținutului dosarului achiziției publice primit de la Direcția Regională de Drumuri și Poduri reiese că aceasta nu a acordat asocierii contestatoare o asemenea posibilitate, măsura excluderii fiind adoptată exclusiv pe baza propriilor aprecieri. În absența respectării de către direcția regională a dreptului fundamental la apărare al contestatorului (Asocierea SC SRL – SC SRL), forul administrativ - jurisdicțional nu poate valida ca fiind temeinică și legală respingerea ofertei.

Anunțul de participare nr. CN1048859/30.10.2022 evocă același drept:

„III. Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016, pentru fiecare lot în parte.

In acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător va completa DUAE - Secțiunea „Motive de excludere” – pct. C „Motive legate de insolvența, conflicte de interese sau abateri profesionale”.

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii acordului cadru, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare care probează/confirma neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 de mai sus, atât pentru ofertantul unic/Ofertantul asociat cât și pentru Subcontractantul/Terțul susținător declarați în oferta:

- certificate, caziere, documente prin care se demonstrează faptul ca operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 167 alin. (2) și art. 171 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice;*
- alte documente edificatoare, după caz”.*

Membrii asocierii SC SRL – SC SRL au prezentat, în contestație, explicații plauzibile și au atașat acesteia dovezi ce apar a fi credibile, toate acestea urmând a fi supuse filtrului comisiei de evaluare în etapa de clarificare pe acest subiect cu asocierea ofertantă, neputând fi respinsă oferta cu încălcarea dreptului legal la apărare. Simpla suprapunere a conținutului și formatului unor pagini din propunerea tehnică poate fi generată de utilizarea unui model comun, iar dacă foști angajați ai antreprenorului SC SRL, responsabili de întocmirea documentațiilor de licitație sunt în prezent angajați la SC SRL, se poate întâmpla ca aceștia să fi utilizat modelul familiar, argument ce exclude concluzia unei înțelegeri anticoncurențiale. De bună seamă, decisivă este aflarea explicației asocierii și, eventual, a angajaților care au redactat documentele ofertei. Mutatis mutandis, dacă programul de elaborare a devizelor este identic și articolele/resursele se suprapun, formatul rezultat este identic. Nici simpla coincidență de tarife la câteva articole nu poate atrage

respingerea ofertei sub pretextul vicierii concurenței, mai cu seamă dacă tarifele sunt reale și justificate și, în plus, dar nu obligatoriu, au un impact nesubstanțial în ansamblul investiției.

În lumina considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei Asocierii SC SRL – SC SRL s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, în privința clarificării și verificării atente de către autoritatea achizitoare a incidenței tuturor cerințelor legale ale motivului de excludere și a demonstrării independenței operatorilor economici asociați, care să le permită, totuși, menținerea în competiție, sens în care, desfășurarea licitației urmează a fi continuată în mod legal. În lumina celor înfățișate, respingerea ofertei contestatorului nu poate fi validată de Consiliu, iar obiecțiile sale privind nelegalitatea respingerii se vădesc a fi fondate. Mai mult, nu sunt lipsite de relevanță prevederile art. 1 alin. (4) din Normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, care statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci, și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv, în ceea ce privește asumarea, în mod fundamentat, a unei concluzii de înțelegeri anticoncurențiale.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă - DRDP-..... iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii și actele subsecvente, în partea care privește oferta Asocierii SC SRL – SC SRL și va obliga autoritatea

contractantă la reevaluarea ofertei Asocierii SC SRL – SC SRL, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a considerentelor aferente prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind constatarea caracterului admisibil și conform al ofertei contestatoarei, acesta fiind atributul exclusiv al autorității contractante.

Referitor la solicitarea contestatorului privind acordarea cheltuielilor de soluționare, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „*Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. **Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației**”.*

Ori, întrucât, **din documentele** depuse la dosar de către contestator, **nu rezultă că acesta a efectuat plata cheltuielilor** solicitate, Consiliul va respinge, ca nedovedită, cererea acestuia privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli ocazionate cu soluționarea prezentei contestații. În acest sens, s-a pronunțat și Înalta Curte de Casație și Justiție, în Decizia nr. 1378 din 23.04.2010, având ca obiect recursul împotriva neacordării cheltuielilor de judecată.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă - DRDP-..... iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente, în partea care privește oferta Asocierii SC SRL – SC SRL și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Asocierii SC SRL – SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a considerentelor aferente prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind constatarea caracterului admisibil și conform al ofertei contestatoarei.

Respinge, ca nedovedită, solicitarea contestatorului privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli ocazionate cu soluționarea prezentei contestații.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini.