

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

DECIZIE

Nr. 1396 / C7 / 1513

Data: 21.06.2023

Prin contestația nr. 488/02.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 29756/06.06.2023, depusă de asocieria formată din (...) SRL, cu sediul în – administrator, și (...) SRL, cu sediul în ..., număr de înregistrare în registrul comerțului J2/939/2013, reprezentată de domnul ... – administrator, prin împuternicita asocierii doamna, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acordului-cadru pentru lucrări de întreținere curentă pe timp de vară - estetică rutieră și scurgerea apelor anul I-IV – „DRDP Brașov, lot 1 - SDN Brașov, lot 2 - SDN Sibiu, lot 3 - SDN Târgu Mureș, lot 4 - SDN Miercurea Ciuc, lot 5 - SDN Sfântul Gheorghe, lot 6 – secția autostrăzi Sibiu - A1 Sibiu-Orăștie”, lotul 6, cod CPV 45233139-3, cu data-limită de depunere a ofertelor 16.01.2023, anunț de participare nr. CN1049381/13.11.2022, organizată de (...) SA, prin (...), cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea respingerii ofertei sale, precum și a procedurii de atribuire, cu obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocieria (...) SRL - (...) SRL reclamă decizia autorității contractante (...) SA - (...) de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, la care au depus oferte:

- (...) SRL;
- asocieria (...) SRL - CLR (...) SRL;
- asocieria (...) SRL - (...) SRL,

învederând în motivare că autoritatea a constatat indicii că asocierea (...) SRL - CLR (...)SRL și asocierea (...) SRL - (...)SRL au prezentat oferte asemănătoare semnificativ din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate și informații asemănătoare semnificativ în cadrul propunerilor tehnice (pag. 1-42 și 97-167).

Posibilitatea asemănărilor dintre cele două oferte ar rezulta din faptul că (...)SRL și (...) SRL au participat în asociere la licitații, iar documentația respectivelor licitații a fost pregătită împreună de cele două societăți, existând tiparul/modelul propunerii tehnice/financiare. Mai mult decât atât, administratorul (...) SRL a fost angajat al (...)SRL în perioada 06.05.2019 - 31.08.2022, timp în care a participat la pregătirea documentațiilor aferente licitațiilor (...)SRL, însușindu-și astfel know-how-ul companiei în cadrul căreia a fost angajat.

Pag. 97-167 cuprind listele de cantități fără valori, generate de programul de devize (...). În cazul în care asocierea (...) SRL - CLR (...)SRL lucrează tot cu (...), este evident ca respectivele liste sunt identice.

Asocierea (...) SRL - Geo Drumuri Banat SRL a fost ofertantă la procedura având ca obiect „lucrări de întreținere curentă - lucrări de estetică și scurgerea apelor” organizată de Direcția Regională de Drumuri și Poduri Constanța. Întrucât aceasta din urmă a pus la dispoziția posibililor ofertanți listele de cantități pentru aceleași articole de lucrări, există posibilitatea ca respectiva asociere să le fi preluat de la licitația (...) sau de la alte direcții regionale.

Cu privire la tariful/prețul unitar ofertat pentru transport, de 0,50 lei/t/km, contestatoarea anexează justificare pe baza căreia a ofertat tariful.

Prețul unitar la dale din beton armat, de 50 lei/buc, este obținut de la un furnizor local, care îi asigură transportul până în șantier. Pe plan local, sunt două depozite de materiale de construcții și, probabil, asocierea (...) SRL - CLR (...)SRL a obținut prețul de la același furnizor.

Referitor la tariful unitar pentru echipamentul defrișator pentru tractor pe șenile de și peste 110 CP, 20 lei/oră, este anexată justificarea tarifului.

Consideră că este irelevant că asocierea (...) SRL - CLR (...)SRL a ofertat același tarife.

Din 2013, de când este înființată (...)SRL, „nu există nicio procedură de achiziție publică la care a participat și totodată să fi participat și celelalte societăți comerciale (...) SRL, CLR (...)SRL, Geo Drumuri Banat SRL ca și ofertanți distincți și să se semneze de către una dintre acestea vreun acord-cadru sau contract”.

În comunicarea rezultatului procedurii nr. DRDPBV/BV01_23/IE/11461/26.05.2023 este relatată precizarea Consiliului Concurenței: *„De precizat este faptul că simpla existență a indicilor prezentate mai sus, luate individual, nu conduce, prin ea însăși la distorsionarea procesului*

competițional desfășurat în cadrul procedurii de achiziție publică.” Astfel, nici Consiliul Concurenței nu confirmă că au fost încheiate acorduri care vizează denaturarea concurenței.

Asocierea consideră că oferta sa pentru lotul 6 este conformă, respingerea fiind nelegală și abuzivă.

În punctul său de vedere nr. 39/23/07.06.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 30740/08.06.2023, autoritatea contractantă susține în apărare că, în cuprinsul propunerilor financiare depuse de asocierea (...) SRL - CLR (...)SRL și asocierea (...) SRL - (...)SRL, se regăsesc informații asemănătoare, fapt care ar putea constitui motiv de excludere din procedura de atribuire. Astfel, tariful unitar ofertat pentru:

- transportul rutier al pământului sau molozului cu autobasculantă distanță 50 km, pag. 13 din ambele oferte financiare, este identic;
- transportul rutier al pământului sau molozului cu autobasculanta distanță 15 km, pag. 17, 22, 26, 30, 41, 46, 51, 56, 61, 71 și 76 din ambele oferte financiare, este identic;
- transportul rutier al pământului sau molozului cu autobasculanta distanță 41 km, pag. 36 din ambele oferte financiare, este identic;
- transportul rutier al pământului sau molozului cu autobasculantă distanță 10 km, pag. 66 din ambele oferte financiare, este identic;
- preț unitar la dale din beton armat, 50 lei/buc, pag. 33 din ambele oferte financiare, este identic;
- tariful unitar la echipament defrișator pentru tractor pe șenile de și peste 110 CP, 20 lei/oră, pag. 75 din ambele oferte financiare, este identic.

Comisia de evaluare a hotărât comunicarea Consiliului Concurenței a ofertelor financiare, proceselor-verbale intermediare - etapa financiară, precum și a solicitărilor/răspunsurilor la clarificări, pentru a verifica folosirea unor practici anticoncurențiale de către cei doi ofertanți. Cu adresa nr. RG/3076/17.05.2023, Consiliul Concurenței a precizat:

[...] De asemenea, există asemănări și în ceea ce privește formatul, prin folosirea aceluiași font și tehnoredactarea documentelor atât cu diacritice, cât și fără diacritice.

Trebuie precizat faptul că prin ofertele tehnice, ofertanții aveau obligația să își expună viziunea proprie referitoare la modul de executare a contractului, lucru care se poate realiza numai prin întocmirea ofertelor în mod independent și autonom.

[...] În concluzie, analiza efectuată din perspectiva modului de ofertare, cu ocazia participării la procedura de atribuire, indică posibilitatea adoptării unui comportament coordonat de către ofertanții Asocierea (...) SRL - CLR (...)SRL și Asocierea (...) SRL - (...)SRL în cadrul procedurii de achiziție publică mai sus menționată, în încercarea de a câștiga contractul.

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. În cazul de față, existența situației prevăzute la art. 167 alin. (5) lit. a) din Legea achizițiilor publice, coroborată cu indiciile identificate de autoritatea de concurență, creează suspiciunea că operatorii economici concurenți menționați au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 167 alin. (5) din Legea achizițiilor publice, apreciem 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”.

Totuși, 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 [...].

Raportat la asemănările semnificative identificate la ambele propuneri tehnice, pag. 1-42 și 97-167, precum și identitatea tarifelor enumerate pentru transport rutier, dale din beton armat și echipament defrișator, coroborat cu răspunsul Consiliului Concurenței, au rezultat indicii suficiente ca autoritatea contractantă să excludă ofertele celor două asocieri. Comisia de evaluare a hotărât, în baza art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a), coroborate cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, declararea neconforme a ofertelor celor două asocieri.

Cu adresa nr. 496/08.06.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 30827/09.06.2023, contestatoarea a transmis dovada achitării cauțiunii prevăzute de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 și împuternicirile semnatarului contestației din partea ambelor societăți asociate.

În urma studierii documentelor neconfidențiale aflate la dosarul cauzei, potrivit solicitării din finalul contestației, asocierea a formulat concluziile scrise nr. 533/20.06.2023, prin care combate învinuirea de denaturare a concurenței.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. CN1049381 publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 13.11.2022, autoritatea contractantă (...) SA, prin (...), a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de întreținere curentă pe timp de vară (estetică rutieră și scurgerea apelor) pentru mai multe sectoare de drum național și autostrada A1 Sibiu - Orăștie, lucrări divizate în șase loturi și eşalonate pe 48 de luni, estimate valoric la 46.186.530,19 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 13.11.2022, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură, pentru lotul 6, au fost primite trei oferte, între care și ofertele asocierilor (...) SRL - CLR (...) SRL și (...) SRL - (...) SRL, toate respinse, iar procedura de atribuire a lotului anulată. Împotriva acestui rezultat, considerat nemulțumitor, pentru motivele evocate mai sus, asocierea (...) SRL - (...) SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 205.304,40 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 209215928/1, emisă de CEC Bank SA, Unitatea Ineu, la data de 08.06.2023.

Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. DRDPBV/SACH38BV23/INT/

524/26.05.2023, rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 02.06.2023, asocierea a reacționat prin formularea contestației aflate pe rol. Motivele respingerii ofertei sale, preluate din raport și din adresa de comunicare a rezultatului, sunt:

În conformitate cu an.215 alin. (1) din Legea nr.98/2016 cu modificările și completările ulterioare, prin prezenta, vă informăm că [...] oferta depusă de ASOCIEREA SC (...) SRL & SC (...)SRL a fost respinsă ca neconformă potrivit:

- art. 167 alin (1) lit. 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 [...]" și alin (5) lit. 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 [...]", coroborat cu art. 215 alin.(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 Legea nr.98/2016 privind achizițiile.

Motive:

În urma verificării și analizării propunerii tehnice și financiare, comisia de evaluare a concluzionat că există indicii rezonabile că doi ofertanți, ASOCIEREA SC (...) SRL & SC CLR (...)SRL și ASOCIEREA SC (...) S.R.L. & S.C. (...)SRL, au prezentat oferte asemănătoare semnificativ din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate, cât și a informațiilor asemănătoare semnificativ din cadrul propunerilor financiare, după cum urmează, în cadrul:

-propunerilor tehnice: asemanarile semnificative identificate la ambele propuneri tehnice de la pag. 1-42 și respectiv pag.97-167.

- propunerilor financiare: asemanarile identificate de autoritatea contractanta prin comisia de evaluare in documentele nestandardizate, și anume:

Tariful/prețul unitar ofertat pentru:

- transportul rutier al pamantului sau molozului cu autobasculanta dist. 50 km, pag. 13 din ambele oferte financiare este identic.

- transportul rutier al pamantului sau molozului cu autobasculanta dist. 15 km, pag. 17, pag. 22, pag. 26. pag.30, pag. 41, pag.46. pag.51, pag.56, pag.61. pag.71. pag.76 din ambele oferte financiare este identic.

- transportul rutier al pamantului sau molozului cu autobasculanta dist. 41 km, pag. 36 din ambele oferte financiare este identic,

- transportul rutier al pamantului sau molozului cu autobasculanta dist. 10 km. pag. 66 din ambele oferte financiare este identic,

- pret unitar la dale din beton armat, 50 lei/buc. pag.33 din ambele oferte financiare este identic,

- tarif unitar la echipament defrisator pentru trac. pe senile de si peste 110 CP. 20 lei/ora pag.75 din ambele oferte financiare este identic.

Autoritatea contractantă a solicitat punctul de vedere Consiliului Concurenței cu privire la aspectele menționate anterior.

În data de 17.05.2023, Consiliul Concurenței a transmis prin adresa cu nr. RG/3076/17.05.2023, punctul de vedere înregistrat la secretariatul DRDP BV cu nr. DRDPBV/BV01_23/IN/10665/17.05.2023, prin care precizează următoarele:

"[...] De asemenea, exista asemanări si in ceea ce privește formatul, prin folosirea aceluiași font și tehnoredactarea documentelor atât cu diacritice, cât și fără diacritice.

Trebuie precizat faptul că prin ofertele tehnice, ofertanții aveau obligația să își expună viziunea proprie referitoare la modul de executare a contractului, lucru care se poate realiza numai prin întocmirea ofertelor în mod independent și autonom.

...In concluzie, analiza efectuată din perspectiva modului de ofertare, cu ocazia participării la procedura de atribuire, indică posibilitatea adoptării unui comportament coordonat de către ofertanții Asocierea Data Capture SRL - CLR (...)SRL și Asocierea (...) SRL -

(...)SRL în cadrul procedurii de achiziție publică mai sus menționată, în încercarea de a câștiga contractul.

De precizat este faptul că simpla existență a indicilor prezentate mai sus, luate individual, nu conduce, prin ea însăși, la distorsionarea procesului competițional desfășurat în cadrul procedurii de achiziție publică. În cazul de față, existența situației prevăzute la art. 167 alin. (5) lit. a) din Legea achizițiilor publice, coroborată cu indiciile identificate de autoritatea de concurență, creează suspiciunea că operatorii economici concurenți menționați au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 167 alin. (5) din Legea achizițiilor publice, apreciem 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".

Totuși, 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 [...]"

Având în vedere constatările comisiei de evaluare privind asemănările identificate, la ASOCIEREA SC (...) SRL & SC CLR (...) SRL și la ASOCIEREA SC (...) SRL & SC (...) SRL coroborat cu răspunsul nr. RG/ 3076/17.05.2023 transmis de Consiliul Concurenței, înregistrat la DRDP BV cu nr. DRDPBV/BV01_23/IN/10665/17.05.2023, potrivit căruia ofertele ASOCIERII SC (...) SRL & SC CLR (...) SRL și a ASOCIERII SC (...) SRL & SC (...) SRL indica posibilitatea adoptării unui comportament coordonat și existența unor suspiciuni că operatorii economici concurenți au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței în prezenta procedură, au rezultat indicii suficiente ca autoritatea contractantă prin comisia de evaluare să excludă oferta ASOCIEREA SC (...) SRL & SC TREFXO HOLDING SRL

În concluzie comisia de evaluare a hotărât, în baza art. 167 alin (1) lit.d) și alin (5) lit.a) coroborat cu art. 215 alin.(5) din Legea nr.98/2016, cu completările și modificările ulterioare ca oferta depusă de ASOCIEREA SC (...) SRL & SC (...) SRL este declarată neconformă.

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.

bizuindu-se pe asemănările identificate în ofertele celor două asocieri.

Din consultarea procesului-verbal nr. DRDPBV/SACH38/BV23/INT/345/11.04.2023 de evaluare financiară, succedat de raportul procedurii nr. DRDPBV/SACH38BV23/INT/524/26.05.2023, întocmite de

comisia de evaluare, reiese că aceasta a respins oferta asocierii (...) SRL - (...)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 lui. În speță, o asemenea solicitare se impunea, mai cu seamă prin prisma posibilității dovedirii inexistenței vreunei înțelegeri anticoncurențale, 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, cazieri 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.

(...) a manifestat o atitudine părtinitoare față de asociere, 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 direcției regionale înseși împotriva ofertantei.

Este veridic faptul autoritatea achizitoare 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 administrația 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 adresa nr. RG/3076/ 17.05.2023, a învederat autorității contractante 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”. Prin urmare, a atras atenția autorității să nu respingă ofertele asocierilor fără a le acorda, în prealabil, posibilitatea de a furniza dovezi prin care să combată acuzațiile.

Din parcurgerea conținutului dosarului achiziției publice primit de la (...) reiese că aceasta nu a acordat ofertantelor asociate contestatoare o asemenea posibilitate, măsura excluderii fiind adoptată exclusiv pe baza propriilor constatări și a interpretării trunchiate a răspunsului primit de la Consiliul Concurenței. În absența respectării de către direcția regională a dreptului fundamental la apărare al contestatoarei (asocierea (...) SRL - (...)SRL), forul administrativ de jurisdicție nu poate valida ca fiind temeinică și legală respingerea ofertei.

Anunțul de participare nr. CN1049381/13.11.2022 evocă același drept:

III. Ofertantul unic/**Ofertantul asociat**/Subcontractantul/Tertul sustinator trebuie sa demonstreze ca **nu se incadreaza in prevederile art. 167** din Legea nr. 98/2016, pentru fiecare lot in parte.

În acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Tertul sustinator va completa DUAЕ - Secțiunea "Motive de excludere" – pct. C "Motive legate de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale".

Ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii acordului cadru, va prezenta, la solicitarea Autoritatii Contractante, urmatoarele documente edificatoare care **probeaza/confirma neincadrarea in situatiile prevazute la art. 167 de mai sus**, atat pentru ofertantul unic/**Ofertantul asociat** cat si pentru Subcontractantul/Tertul sustinator declarati in oferta:

- certificate, caziere, documente prin care se demonstreaza faptul ca operatorul economic poate beneficia de derogarile prevazute la art. 167 alin. (2) si art. 171 din Legea 98/2016 privind achizitiile publice;

- **alte documente edificatoare**, dupa caz.

Întreprinderile (...) SRL și (...)SRL au prezentat în contestație explicații plauzibile și au atașat acesteia documente credibile *prima facie*, 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 (...)SRL responsabili de întocmirea documentațiilor de licitație sunt în prezent angajați la (...) 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, *eo ipso*, 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 (...) SRL - (...)SRL s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, în privința clarificării și verificării atente de către entitatea 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 reclamantei nu poate fi validată de Consiliu, iar obiecțiile sale privind nelegalitatea respingerii se vădesc a fi fondate.

În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația asocierii (...) SRL - (...)SRL nr. 488/02.06.2023, în contradictoriu cu (...) SA, prin (...), va anula actul de respingere a ofertei asocierii și comunicarea către aceasta (la lotul 6) și va obliga autoritatea contractantă la clarificarea și reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a acesteia, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga autoritatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale,

cu respectarea legislației aplicabile. Implicit, este anulată și măsura anulării procedurii de atribuire (lotul 6).

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 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.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația asocierii (...) SRL - (...)SRL nr. 488/02.06.2023, în contradictoriu cu (...) SA, prin (...), și anulează raportul procedurii de atribuire nr. DRDPBV/SACH38BV23/INT/524/26.05.2023 și comunicarea nr. DRDPBV/BV01_23/IE/11461/26.05.2023, în partea care privește oferta asocierii contestatoare și anularea licitației deschise, lotul 6. Obligă autoritatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea acestei oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, lotul 6, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica ofertantei rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.