



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. / /

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. / 08.06.2022, formulată de SC SRL, lider al asocierii SRL – SRL, cu sediul în, ..., ..., având adresa de corespondență în, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal administrator, formulată împotriva comunicării nr. din 31.05.2022 privind rezultatul procedurii și a raportului procedurii nr. din data de 31.05.2022, emise de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Consolidare DN 74 km 26+900-27+400 - servicii de proiectare faza P.A.C., P.T., asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări”, anunț de participare simplificat nr. / 25.03.2022, s-a solicitat Consiliului:

„- admiterea prezentei contestații;

- obligarea autorității contractante la anularea deciziei de declarare drept admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de către asocieria - CONSIPRO;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea acesteia, cu consecința respingerii ofertei depuse de către - CONSIPRO și la continuarea procedurii în conformitate cu prevederile legale în vigoare aplicabile în materia achizițiilor publice, precum și cu respectarea principiilor consacrate de art. 2 al Legii nr. 98/2016”.

SC SRL în calitate de lider al asocierii SRL - SC SRL, cu sediul în, județul, înregistrată la Oficiul Registrului

Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, reprezentată convențional de Cabinet Avocat cu sediul în, ..., ..., a formulat cerere de intervenție voluntară nr. /, înregistrată la Consiliu cu nr. / 20.06.2022, prin care a solicitat:

„- admiterea cererii de intervenție;

- respingerea contestației formulate de SRL ca nefondată, cu consecința menținerii deciziei autorității contractante prin care oferta asocierii SRL – SRL a fost declarată câștigătoare”.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 SC SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatorul prezintă un scurt istoric și arată că, decizia autorității contractante de declarare drept admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de către asocieria -, întrucât aceasta este inacceptabilă și trebuia respinsă ca atare, aflându-se sub incidența cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c), h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea învederează faptul că documentația de atribuire la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocieria - La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Astfel, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertate le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 123 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016.

Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu. Astfel cum un contract constituie legea părților, și

documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Societatea contestatoare menționează jurisprudența Curților de Apel, precum și cea a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Riscul neîntocmirii conforme a ofertei cade în sarcina operatorului economic, acesta neputând să își invoce propria culpă ca motiv al elaborării neconforme a ofertei sau a nedepunerii acesteia în conformitate cu cerințele documentației de atribuire. Neglijența operatorului economic care nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire se apropie și împrumută din atributele intenției directe sau ale culpei cu prevedere, în contextul în care ofertantul este prevenit de lege și de autoritate că trebuie să se conformeze documentației de atribuire.

Documentația de atribuire este în egala măsură obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici. Potrivit adagiului latin *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”* - nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor sale propria sa culpa, nimeni nu poate să obțină foloase invocând propria sa vină, incorectitudine, necinste, și nici să se apere valorificând un asemenea temei.

Menționând prevederile cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției, contestatoarea susține că, DUAЕ constă într-o declarație pe propria răspundere a operatorilor economici, care prezintă dovezi preliminare și înlocuiește certificatele eliberate de autoritățile publice sau de părți terțe, reprezentând o declarație oficială a operatorului economic potrivit căreia acesta nu se află într-una dintre situațiile în care operatorii economici sunt sau pot fi excluși și îndeplinește criteriile de selecție relevante. Prin urmare, în conformitate cu fișa de date a achiziției, prin completarea DUAЕ, ofertanții ar fi trebuit să confirme că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Redând partea III: Motive de excludere, secțiunea C – motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale din cadrul DUAЕ, li se impunea ofertanților să bifeze corespunzător răspunsul (sa sau nu) la întrebarea: *„operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?”*. În cazul unui răspuns afirmativ, DUAЕ cuprinde o rubrică în cuprinsul căreia ofertantul trebuie să descrie atât situația respectivă, cât și măsurile de autocorectare luate în vederea demonstrării fiabilității.

În urma studierii dosarului achiziției publice la sediul autorității contractante, societatea contestatoare menționează faptul că, liderul asocierii - a completat în DUAЕ răspunsul „NU” la întrebarea menționată.

Autoarea contestației susține faptul că, în ceea ce privește pe societatea, a fost emisă de către Consiliul Concurenței Decizia nr. 48/19.07.2019 privind constatarea încălcării prevederilor art. 5 alin. (1)

din Legea concurenței nr. 21/1996, decizie publicată pe site-ul Consiliului Concurenței.

Societatea contestatoarea redă fragmente din cuprinsul deciziei precizate.

Contestatoarea precizează că, la art. 6 din Decizia nr. 48/19.07.2019 s-a menționat faptul că poate fi atacată în contencios administrativ, conform art. 51 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 la Curtea de Apel București, în termen de 30 de zile de la comunicare.

În conformitate cu informațiile care se regăsesc pe portalul instanțelor de judecată, SC SRL a uzat de toate căile legale pentru a încerca suspendarea, respectiv anularea Deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, dar în final toate demersurile sale judiciare au eșuat, fiind respinse definitiv prin hotărâri pronunțate de instanțele de judecată competente.

..... SRL redă din cuprinsul Hotărârii nr. 872/02.12.2019 pronunțate în dosarul nr. 6477/2/2019 de Curtea de Apel București, prin care a fost respinsă cererea SC SRL de suspendare a executării Deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019.

Ca urmare a celor menționate, contestatoarea consideră că, Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019 este validă și produce efecte inclusiv în prezent, condiții în care declararea sa în DUAЕ era absolut obligatorie, ... SRL fiind vinovată de:

- comiterea unei abateri profesionale grave care îi pune în discuție integritatea;
- prezentarea unor declarații false în cuprinsul DUAЕ;
- încercarea de a influența în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, prin furnizarea unor informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire.

În speță, contestatoarea consideră a fi incidente următoarele prevederi legale: art. 167 alin. (1) lit. c), h) și i), alin. (3), art. 169, art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, art. 132 alin. (1), art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Astfel, societatea contestatoare consideră că, din analiza coroborată a aspectelor ante menționate rezultă faptul că ofertanții aveau obligația de a declara în cuprinsul DUAЕ toate situațiile de natură a le descrie situația personală și de a-i plasa în cazurile de excludere prevăzute de Legea nr. 98/2016, în speță SRL avea obligația de a declara în cuprinsul DUAЕ abaterea profesională gravă confirmată prin emiterea Deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019 și eventual de a-i furniza măsurile de autocorectare luate în vederea demonstrării fiabilității, pentru a pune la dispoziția comisiei de evaluare din cadrul autorității contractante integralitatea informațiilor de natură a-i permite

acestea efectuarea evaluării în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

Potrivit societății contestatoare, încălcând prevederile legale în vigoare (atât pe cele în materia achizițiilor publice, cât și pe cele în materie penală privind falsul în declarații), SC SRL a optat pentru completarea răspunsului „nu” la întrebarea: „operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?”, astfel făcând afirmații false și ascunzând informații față de autoritatea contractantă, fapta care o plasează sub incidența cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. h) și i). Gravitatea sporită a acestor motive de excludere (care operează independent de oricare altele prevăzute de celelalte litere ale alin. (1) al art. 167) demonstrează reaua-credință a SC SRL, care a acționat în mod vădit în vederea inducerii în eroare a autorității contractante.

Motivele de excludere prevăzute de lit. h) și i) vin în concurs cu motivul de excludere prevăzut de lit. c), iar această dublă greșală se constituie în agravantă a faptelor culpabile din perspectiva încălcării de către SC SRL a prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice.

Contestatoarea susține faptul că, în condițiile în care SC SRL nu a declarat în cuprinsul DUAЕ informațiile menționate este mai mult decât evident faptul că autoritatea contractantă nu a realizat nicio evaluare din perspectiva aspectelor învederate de către SC SRL în cuprinsul prezentei contestații, în speță prin prisma existenței deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, bazându-se exclusiv pe declarația falsă (prin care acesta a ascuns realitatea, indiferent cu ce grad al culpei) data de către SC SRL în cuprinsul DUAЕ, în conformitate cu care operatorul economic nu s-ar face vinovat de o abatere profesională gravă, lucru neconform cu realitatea.

De asemenea, se învederează faptul că, după ce DUAЕ a fost completat în fals de către SC SRL, nici acesta și nici autoritatea contractantă nu mai pot să invoce exercitarea dreptului pe care legislația în vigoare îl conferă participanților corecți la proceduri de achiziție publică de a prezenta explicații privitoare la culpa anterior constatată. Dacă s-ar admite contrariul, acest lucru ar echivala cu faptul de a lăsa nesancționată tocmai încălcarea obligației legale și pe cale de consecință declararea în fals nu ar produce nicio consecință legală, lucru care în mod evident nu poate fi acceptat.

Contestatoarea solicită Consiliului obligarea autorității contractante și la respectarea prevederilor alin. (2) al art. 209 din Legea nr. 98/2016. În aceste condiții, în situația în care contestația societății contestatoare va fi admisă și autoritatea contractantă va fi obligată să reevalueze oferta societății SC SRL, contestatoarea apreciază că se impune respingerea acesteia fără a i se mai solicita clarificări. În caz contrar aceasta fiind avantajat în mod nelegal și devenind incidente prevederile legale, întrucât inadvertențele semnalate sunt de natură a conduce direct la respingerea ofertei, fără a putea fi remediate prin intermediul

clarificărilor. Dreptul autorității contractante de a solicita clarificări ofertanților trebuie exercitat cu maximă prudență, pentru a nu distorsiona procedura și a crea avantaje aparente ori de substanță unor ofertanți neglijenți și mai mult, care acționează cu rea-credință, făcând declarații false cu scopul de a induce în eroare.

În susținerea, contestatoarea invocă jurisprudența Curții de Apel Craiova, respectiv decizia nr. 2993/21.05.2014, jurisprudența CNSC decizia nr. 178/C7/6/26.01.2017 și jurisprudența europeană.

Totodată, în vederea susținerii faptului că ofertanții vinovați de declarații false în conținutul informațiilor transmise autorității contractante trebuie excluși din procedura de atribuire, contestatoarea invocă următoarea jurisprudență: Buletinul Oficial nr. 899/2022, Buletinul Oficial nr. 934/2021, Buletinul Oficial nr. 3397/2017, Decizia Civilă nr. 386/R/2020 emisă de Curtea de Apel Brașov, Decizia Civilă nr. 1564/2019 emisă de Curtea de Apel Ploiești.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. /14.06.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. din 15.06.2022, ... a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

În susținere, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii de atribuire și menționează în referire la susținerile contestatoarei, următoarele argumente:

Cu privire la susținerile contestatoarei *„toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea aceluiași condiții impuse de autoritate”,* precum și cele potrivit cărora *„autoritatea contractantă nu poate ... să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți”,* autoritatea contractantă precizează că a procedat întocmai și a oferit operatorilor economici potențiali ofertanți în cadrul procedurii un tratament egal și nediscriminatoriu, acționând într-o manieră transparentă și proporțională odată cu publicarea prin intermediul platformei SEAP a documentației de atribuire pentru procedura anterior amintită.

Prin publicarea documentației de atribuire pe site-ul oficial al autorității contractante aceasta a respectat prevederile art. 66 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016 și a oferit acces direct, liber, complet și gratuit, prin mijloace electronice, la documentele necesare elaborării ofertelor în mod egal și transparent, aceștia având aceleași șanse în elaborarea ofertelor și fiind supuse aceluiași condiții.

Contrar afirmațiilor contestatoarei potrivit cărora *„autoritatea contractantă nu a realizat nicio evaluare din perspectiva aspectelor învederate de către subscrisa”,* autoritatea contractantă, prin comisia de

evaluare a demarat procesul de evaluare a ofertelor depuse în data de 14.04.2022, data limită de depunere a ofertelor pentru procedura anterior amintită, când a avut posibilitatea de a vizualiza ofertanții participanți la procedură și ofertele acestora și acționând cu diligență, a utilizat secțiunea „operatori economici care au interdicție de participare la proceduri în SEAP”, în scopul verificării neîncadrării ofertanților participanți în situațiile de excludere din procedură, astfel cum sunt acestea reglementate de prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016 și cum, de asemenea, au fost solicitate de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, la cap. III. 1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, niciuna dintre societățile devenite participante la procedură nu a fost regăsită în acea listă, de unde a reieșit faptul că 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.

Astfel, comisia de evaluare a analizat ofertele întocmite și depuse conform prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016, în mod egal, nediscriminatoriu și proporțional și cu respectarea prevederilor art. 127 alin. (1) și Secțiunii 10 Procesul de verificare și evaluare din același act normativ.

Pe parcursul derulării procesului de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu a luat la cunoștință că ofertantul declarat câștigător se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, drept pentru care a întocmit raportul procedurii în care au fost consemnate deciziile comisiei de evaluare și acestea au fost comunicate către toți ofertanții participanți prin comunicările privind rezultatul procedurii.

Autoritatea contractantă a analizat ofertele depuse în cadrul procedurii anterior amintite cu respectarea principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documentele dosarului achiziției publice.

Prin cererea de intervenție în interes voluntară nr./....., înregistrată la Consiliu cu nr./20.06.2022, ... SRL în calitate de lider al asocierii SC SRL - SC SRL a solicitat cele menționate în partea introductivă, prezentând contraargumente la cele reclamate pe calea contestației.

Ulterior, prezentării unui scurt istoric al procedurii de atribuire, a argumentării cu privire la încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, SC SRL, menționează că sunt neîntemeiate alegațiile contestatoarei SC SRL, aducând următoarele argumente:

Cu privire la incidența deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019 și stadiul actual al dos. nr. 6475/2/2019, aflat pe rolul

Curții de Apel București, intervenienta menționează următoarele aspecte:

Astfel, contestatoarea susține că SC SRL nu ar fi completat în mod corect și onest DUAЕ, întrucât, deși exista emisă Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, care îl viza și pe acest operator economic, la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională?”, răspunsul societății interveniente fiind negativ.

În ceea ce privește Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, invocată de către contestatoare, intervenienta învederează următoarele aspecte:

Ca urmare a Ordinului Președintelui Consiliului Concurenței nr. 324/31.05.2017, a fost declanșată, din oficiu, de către Consiliul Concurenței, o investigație având ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței, pe piața comercializării serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea Direcției Regionale Drumuri și Poduri, pentru perioada 2013 - 2015. Au făcut obiectul acestui control cinci societăți comerciale diferite, printre care și SC SRL.

Deși pe parcursul controlului, SC SRL a colaborat cu inspectorii delegați de Consiliul Concurenței în acest scop, oferind toate informațiile deținute și prezentând toate documentele aferente procedurilor de achiziție publică analizate, prin Decizia nr. 48/19.07.2019, Consiliul Concurenței a constatat încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței, de către toate cele cinci societăți investigate, inclusiv SRL.

Având în vedere că, cel puțin în ceea ce privește conduita SC SRL, Decizia Consiliului Concurenței era neîntemeiată, în realitate, fapta anticoncurențială presupus a fi comisă de SC SRL fiind inexistentă, la data de 15.11.2019, în conformitate cu prevederile art. 51 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 fiind formulat, în termenul legal, cerere în anularea Deciziei nr. 48/19.07.2019 – cerere înregistrată pe rolul Curții de Apel București, formând obiectul dosarului nr. 6475/2/2019.

Prin Cererea în anulare formulată, societatea intervenientă a demonstrat următoarele:

- pretinsa înțelegere având un obiect anticoncurențial era, în realitate, inexistentă;
- Consiliul Concurenței a făcut o aplicare greșită a conceptului de „*încălcare prin obiect*”, Decizia astfel pronunțată fiind contrară jurisprudenței CJUE;
- Consiliul Concurenței nu a ținut cont de explicațiile temeinice expuse de SC SRL pe parcursul controlului și a emis o Decizie de sancționare bazându-se pe un probatoriu insuficient - probatoriu care nu

era de natură a dovedi, dincolo de orice dubiu, incidența vreunei fapte anticoncurențiale în sarcina SC SRL;

- Consiliul Concurenței a individualizat greșit sancțiunea aplicată SC SRL, încălcând principiul personalității răspunderii și principiul egalității de tratament, refuzând fără vreun motiv întemeiat să rețină circumstanța atenuantă a colaborării efective cu Consiliul, în privința SC SRL, cu toate că pe perioada investigației SC SRL a răspuns la absolut toate solicitările organului de control și a furnizat toate documentele de care dispunea, având o atitudine deschisă și cooperantă.

Deși SC SRL a contestat, în instanță, decizia Consiliului Concurenței, intervenienta a achitat, în integralitate, amenda impusă prin Decizia contestată, în cuantum de 922.741 lei, sens în care, SC SRL și-a îndeplinit toate obligațiile impuse de Consiliul Concurenței, deși Decizia de sancționare este neîntemeiată, în privința societății interveniente.

Ulterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, pentru a preveni alte situații asemănătoare pe viitor, SC SRL a elaborat, cu respectarea ghidului publicat de Consiliul Concurenței pe site-ul său oficial, propria sa politică de conformare cu dreptul concurenței - document care prevede un program complex de conformare eficient, în scopul respectării regulilor de concurență, al prevenirii și al combaterii faptelor anticoncurențiale.

Intervenienta menționează că nici la data formulării ofertei asocierii în prezenta procedură de atribuire și nici în prezent, dosarul nr. 6475/2/2019 nu este finalizat, în mod definitiv, de către instanța de judecată, contrar afirmațiilor societății SRL. Curtea de Apel București a pronunțat o soluție de respingere a cererii în anulare, în primă instanță, la data de 05.05.2022, însă, până la prezent, hotărârea primei instanțe nu a fost motivată și nici comunicată părților, aceasta nefiind definitivă.

Potrivit art. 19 alin. (7) din Legea nr. 21/1996: *„Deciziile adoptate de Consiliul Concurenței în plen conform prevederilor alin. (4) se semnează de către președinte, în numele Consiliului Concurenței. Acestea vor putea fi atacate în termen de 30 de zile de la publicare sau, după caz, de la comunicare, în procedura de contencios administrativ la Curtea de Apel București. Sentința va fi pronunțată fără drept de apel, împotriva ei putând fi declarat recurs la Înalta Curte de Casație și Justiție.”*

Conform Legii nr. 21/1996 coroborată cu Legea nr. 554/2004, soluția pronunțată în primă instanță de Curtea de Apel București este susceptibilă de Recurs, în sensul Legii nr. 554/2004, aceasta nefiind astfel definitivă, nici la momentul completării DUAE de către asocierie, nici la momentul declarării ofertei subscrisei ca fiind câștigătoare și nici la data formulării prezentei cereri de intervenție.

Astfel, în acest context, susținerea contestației potrivit căreia Hotărârea nr. 698/2021 pronunțată de Curtea de Apel București, în

dosarul nr. 6475/2/2019, ar fi fost definitivă la data înaintării ofertei SC SRL, respectiv la data completării DUAЕ de către asocierie este falsă, hotărârea indicată nefiind nici măcar motivată la momentul actual.

„A priori”, unicul argument invocat de către SC SRL, în susținerea unei eventuale inadmisibilități a ofertei SC SRL este unul pur artificial, care nu corespunde realității, Decizia Consiliului Concurenței nefiind definitivă nici în prezent.

..... SRL nu a avut încă posibilitatea de a uza de toate căile legale de atac împotriva Deciziei Consiliului Concurenței, pentru a se putea concluziona că „toate demersurile judiciare au eșuat, fiind respinse definitiv prin hotărâri pronunțate de instanțele de judecată competente”, atât timp cât hotărârea Curții de Apel București nu a fost motivată și comunicată părților. Conform legii, hotărârea Curții de Apel București urmează a fi susceptibilă de Recurs, în termen de 15 zile de la comunicare.

Societatea intervenientă nu se află în niciunul dintre cazurile de excludere din procedura de atribuire prevăzute de Legea nr. 98/2016.

Datorită existenței Deciziei Consiliului Concurenței sus-menționate, SC SRL a invocat dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c), h) și i) din Legea 98/2016, în opinia sa, oferta societății interveniente trebuind exclusă din procedură, pentru incidența acestor motive.

Menționând prevederile art. 167 alin. (3), art. 171 alin. (1), alin. (2) și alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, intervenienta susține că acestea conferă posibilitatea ca operatorul economic să justifice situația incidentă conform art. 167, să prezinte orice fel de dovezi în acest sens, și să își dovedească credibilitatea față de autoritatea contractantă, precum și capacitatea acestuia de a participa la procedura de atribuire.

Față de cele precizate, intervenienta aduce următoarele precizări:

- Prin Decizia de sancționare, Consiliul Concurenței nu a aplicat SC SRL și măsura interdicției de a participa la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice;

- Decizia de sancționare nu a fost validată de către instanțele de judecată, prin hotărâre definitivă;

- Faptele anticoncurențiale ce fac obiectul Deciziei de sancționare au avut loc în perioada 2012 - 2013, sens în care a trecut deja o perioadă de peste 9 (nouă) ani de la data săvârșirii presupuselor fapte pentru care intervenienta a fost sancționată de către Consiliul Concurenței;

- SC SRL a achitat amenda stabilită de Consiliul Concurenței, sens în care și-a îndeplinit toate obligațiile impuse, deși Decizia Consiliului a fost supusă controlului judiciar.

Date fiind dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, chiar și în ipoteza în care, la momentul actual, Decizia Consiliului Concurenței ar fi fost definitivă, atât timp cât a expirat o perioadă de peste 3 ani de la data săvârșirii presupusei fapte anticoncurențiale,

situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, generate de această situație, și invocate de către contestatoare nu sunt incidente.

Astfel, având în vedere că, în mod evident, în speță nu este incident cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, nu sunt incidente nici cazurile de excludere stipulate la lit. h) și i) ale art. 167 din Legea nr. 98/2016, atât timp cât:

- Asocierea nu se face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, și nici nu a prezentat astfel de informații autorității contractante, atât timp cât DUAЕ a fost completată în conformitate cu situația juridică reală a operatorului economic, date fiind motivele arătate anterior;

- Asocierea nu a încercat nici să influențeze în vreun mod procesul decizional al autorității contractante, nici să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire, respectiv aceasta nici nu a furnizat, din neglijență, informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic, atât timp cât ambii membri ai asocierii au prezentat toate documentele necesare, în mod legal, conform realității juridice existente.

De altfel, contestatoarea nici măcar nu dezvoltă aceste presupuse motive de excludere invocate și nici nu prezintă dovezi concrete care să le susțină, cu excepția citării fragmentelor din Decizia Consiliului Concurenței.

Pentru toate argumentele expuse intervenienta, apreciază că, în speță, trebuie avute în vedere dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care cazurile de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. c), h) și i) din Legea nr. 98/2016, invocate de SC SRL, nu sunt incidente atât timp cât: presupusele fapte anticoncurențiale comise de SC SRL nu au fost constatate printr-o hotărâre judecătorească definitivă și presupusele fapte anticoncurențiale comise de SC SRL s-au prescris, din perspectiva motivelor de excludere din procedurile de achiziții publice, în contextul în care au trecut deja mai bine de 9 (nouă) ani de la data comiterii lor.

Societatea intervenientă mai precizează că problema juridică privind incidența cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește societatea SRL, a mai fost tranșată de către CNSC anterior, și în cadrul altor contestații soluționate, optica Consiliului fiind identică cu raționamentul expus anterior de către societatea intervenientă.

În acest sens, intervenienta invoca ca și jurisprudență Decizia nr. 1163/C4/758/04.06.2021 a CNSC, practica CJUE Cauza C-41/18 Meca SRL

Prin adresa nr. 24.06.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 24.06.2022, SC SRL transmite „concluzii scrise” ca răspuns la punctul de vedere formulat de achizitoare și intervenientă în cuprinsul căruia prezintă argumente pentru a combate afirmațiile acestora.

Prin adresa nr. 24.06.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 24.06.2022, SC SRL transmite „Note Scrise” ca răspuns la „concluzii scrise” nr. 24.06.2022 înregistrate la CNSC sub nr. 24.06.2022 formulate de SRL în cuprinsul căruia prezintă argumente pentru a combate afirmațiile acestora.

Prin adresa nr. 27.06.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 27.06.2022, SC SRL transmite „Concluzii Scrise” ca răspuns la „Note Scrise” nr. 24.06.2022 înregistrate la CNSC sub nr. 31883/24.06.2022 formulate de SC SRL în cuprinsul căruia prezintă argumente pentru a combate afirmațiile acestora.

Contestatoare a constituit cautiunea în valoare de 88.000,00 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. din 10.06.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Consolidare DN 74 km 26+900-27+400 - servicii de proiectare faza P.A.C., P.T., asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 25.03.2022. Valoarea estimată a contractului de achiziție publică de lucrări este de 6.282.546,48 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”.

Prin Raportul procedurii nr., comisia de evaluare, ulterior aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, a declarat câștigătoare oferta depusă de către asocieria SRL & SRL cu o propunere financiară totală de 5.270.500,00 lei, fără TVA, pe locul 2 clasându-se oferta depusă de asocieria SRL & SRL cu o propunere financiară totală de 5.555.298,75 lei, fără TVA.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, SC SRL a formulat prezenta contestație, criticând decizia de declarare câștigătoare a asocierii SRL & SRL, solicitând cele redacte în partea introductivă.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că SC SRL, lider al asocierii SRL & SRL a formulat o cerere de intervenție pe care o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Analizând cauza pe fondul său, Consiliul constată că SC SRL este nemulțumit de modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă oferta depusă de către asociera SRL & SRL, ofertă pe care reclamanta o apreciază drept inadmisibilă, considerentul de pretinsă nelegalitate fiind acela potrivit căruia SC SRL se face vinovat de declarații false în cuprinsul DUAЕ prezentat în cadrul procedurii de atribuire, în sensul în care nu a făcut cunoscut că se află în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, omițând să informeze despre existența Deciziei nr. 48/19.07.2019 emisă de Consiliul Concurenței, prin care a fost sancționat, alături de alte trei societăți, pentru încălcări grave ale regulilor de concurență și anume realizarea unei practici concertate de împărțire a pieței, ceea ce atrage, în opinia contestatorului, excluderea din procedură conform art. 167 alin. (1) lit. c), h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Analizând legalitatea rezultatului evaluării supus analizei, Consiliul constată că potrivit prevederilor fișei de date a achiziției, la pct. III.1.1.a) - **Situația personală a candidatului sau ofertantului**, se precizează că *operatorii economici (ofertanții/terții susținători/subcontractanții) nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare* iar ca informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, aceștia vor prezenta formularul **DUAЕ** - *Document unic de achiziție european* cu informații aferente situației lor.

Așadar, toți ofertanții erau ținuti să depună propriul DUAЕ, din care să reiasă că aceștia nu se fac vinovați de săvârșirea unor fapte care pot conduce la excluderea ofertei conform art. 167 din Legea nr. 98/2016, care la alin. (1) lit. c), h) și i) statuează că autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) *a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;*

(...)

h) *operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;*

i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic.

(...)

*(3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege **orice abatere comisă de operatorul economic** care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.*

Asocierii SRL & SRL i se impută faptul că liderul SC SRL nu a completat corespunzător DUAЕ propriu. Asupra acestei critici, Consiliul observă că, într-adevăr, liderul asocierii, societatea SRL a bifat răspunsul „NU”, în DUAЕ, la rubrica „Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”, răspuns din care se extrage concluzia că societatea consideră că nu a comis o abatere profesională gravă ce îi pune în discuție integritatea, noțiunea de abatere profesională gravă incluzând și încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Reclamanta a furnizat, în susținerea demersului său, extrase din Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019 unde s-a dispus cu privire la societatea SRL următoarele :

„Art. 1. Se constată încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, prin realizarea unei practici concertate de împărțire a pieței serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea Direcției Regionale Drumuri și Poduri (DRDP), de către: SRL, ... SRL, ... SRL și SRL.

Art. 2 În temeiul art. 55 alin. (1) lit. a) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, întreprinderile menționate la art. 1 se sancționează după cum urmează:

(...)

..... SRL cu amendă în cuantum de 922.741 lei, reprezentând ... % din cifra de afaceri totală realizată în anul 2018; (...).”

În procesul-verbal nr. din 02.05.2022 privind evaluarea informațiilor din DUAЕ și a documentelor ce îl însoțesc, autoritatea

contractantă, prin comisia evaluare desemnată, nu a reținut niciun motiv de excludere pentru societatea SRL.

În contextul descris mai sus, în care contestatoarea a învederat Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019 unde s-au constatat încălcarea regulilor de concurență și de către ofertanta câștigătoare, despre care autoritatea nu amintește în actele de evaluare a ofertei, intră în domeniul evidenței că autorității nu i-au fost furnizate, de către ofertantul SC SRL, ansamblul informațiilor necesare determinării corecte a încadrării sau neîncadrării sale în situația de excludere reieșită din rubrica „Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”.

Modelul de DUAЕ, regăsit și în Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, la **secțiunea C – „Motiv**

prof

e

sion

a

I ”, cuprinde mențiunea:

„Operatorul economic a încheiat acorduri cu alți operatori economici care au ca obiect deturnarea concurenței?

Dacă da, vă rugăm să furnizați detalii:”

cu rubricile „☐ Da” și „☐ Nu”,

„Dacă «da», operatorul economic a luat măsuri de autocorectare?

[] Da [] Nu

Dacă «da», vă rugăm să descrieți măsurile întreprinse: []”

În speță, prin opțiunea „**NU**” în privința acestei secțiuni a DUAЕ autoritatea contractantă a fost pusă în dificultate cu privire la aprecierea dacă agentul economic în discuție îndeplinește exigențele de calificare legate de eventuale abateri profesionale.

În baza art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea constând în încălcarea reglementărilor din domeniul concurenței, prin participarea la o faptă anticoncurențială de tip cartel care vizează trucarea de licitații.

Cu toate acestea, legiuitorul a instituit și posibilitatea înlăturării măsurii de excludere, în sensul în care operatorul economic, care se află în una din situațiile de excludere de la procedura de atribuire, poate furniza autorității contractante dovezi prin care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

În acest sens, dispozițiile art. 171 alin. (1) alin. (2), alin. (3) și alin. (5) din Legea nr.98/2016, stabilesc excepția de la cazurile de excludere prevăzute inclusiv de art.167 din lege, astfel:

„(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.

(...)

(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:

(...)

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;”.

Consiliul nu poate valida actuala abordare a autorității achizitoare, precum că oferta Asocierii SRL & CONSIPRO SRL este admisibilă, întrucât autoritatea nu a realizat nicio evaluare a ei din perspectiva demonstrării credibilității sale urmare Deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019 evocate, evaluare de care depinde temeinicia și

legalitatea rezultatului procedurii. Astfel fiind, sarcina autorității, în circumstanțele statuate, era și este de a se edifica asupra necesității excluderii din procedură a ofertantei, independent de declarația proprie a acesteia, din DUAЕ, ce reprezintă acceptarea săvârșirii unor fapte, așadar, o apreciere proprie a societății cu privire la fapta săvârșită, intenția și gradul de vinovăție pe care la avut sau nu.

Mai mult, chiar și în cazul de excludere, singura în măsură să decidă asupra luării măsurii sau păstrării în procedură a operatorului economic este autoritatea contractantă care este ținută, conform art. 171 din Legea nr. 98/2016 să interpeleze societatea cu privire la conduita sa față de evenimentul care ar putea determina excluderea și ulterior, prin întreaga sa activitate.

În acest sens a decis și Curtea de Apel București prin decizia nr. din 17.12.2018, prin care a fost modificată decizia Consiliului nr. 2770/C8/2940 din 25.10.2018:

«Din dispozițiile legale enunțate, reies următoarele concluzii, pentru cazul special de excludere prevăzut la lit.g:

- autoritatea contractantă este obligată să procedeze la excludere dacă, urmare a situației constatate, măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată; această obligație intervine automat, operatorul neavând posibilitatea ca, în aplicarea dispozițiilor art.171 alin. 1-3, să mai convingă autoritatea de credibilitatea sa;

- autoritatea contractantă nu poate exclude operatorul care, deși se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant;

- autoritatea contractantă are dreptul de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce în mod automat la excludere, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate convinge autoritatea contractantă care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 167 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

În speță, din actele depuse, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură, și că, mai mult, alegerea a fost justificată.

În acest sens, se observă că în cuprinsul procesului verbal au fost menționate toate împrejurările relevante care au format opinia autorității în sensul oportunității păstrării în procedură a petentei; s-a arătat, în concluzie, că contractul de servicii a încetat ca urmare a încetării contractului de execuție de lucrări; că Societatea petentă și-a încasat contravaloarea serviciilor pentru finalizarea a 80% din contractul de execuție, ultima plată fiind efectuată după rezilierea contractului; că ultimul proces-verbal de recepție încheiat după rezilierea contractului a fost semnat ca fiind conform cu cerințele calitative și cantitative; că nu a fost executată garanția de bună execuție; că, în minuta de reziliere, se menționează faptul că contractele se reziliază din vina exclusivă a constructorului.

În justificarea acestei concluzii, au fost avute în vedere documentele depuse la dosar: [...]

Au fost, de asemenea, avute în vedere contracte încheiate ulterior anului 2015 cu diverși beneficiari, și care au fost finalizate, contracte care, contrar considerentelor reținute în decizie, sunt dovezi în sensul art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, de vreme ce relevă împrejurări ulterioare celor constatate prin documentul constatare, relevante pentru aprecierea conduitei petentei.

Față de toate cele reținute, Curtea constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind motivat, prin prisma documentelor depuse și explicațiilor oferite, că măsura excluderii nu se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici consiliul și nici instanța nu pot interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.»

Orice decizie a autorității trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente sau deduse din context de autoritate, care ar favoriza un ofertant cum este cel în cauză, căruia trebuia să i se solicite explicații asupra credibilității și reabilității sale, ținând cont de Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, și asupra corectitudinii datelor completate în propriul DUA.

În absența clarificărilor relevante, cele menționate de autoritate în raportul procedurii nu pot fi reținute de Consiliu, care nu poate, el însuși, să efectueze solicitări de clarificare a situației ofertantului și, pe baza

răspunsurilor, să îi reevalueze oferta, întrucât s-ar subroga în atribuțiile comisiei de evaluare statuate la art. 127 din HG nr. 395/2016, astfel: *În raport cu sarcinile și responsabilitățile, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții:*

a) deschiderea ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta;

b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați;

***k) stabilirea ofertelor admisibile;(...)"**.*

Interpelarea autorității nu are ca scop avantajarea în vreun fel a ofertantului, ci eliminarea oricăror îndoieli, inclusiv în ceea ce privește completarea DUAЕ cu informații veridice, respectiv exercitarea dreptului la apărare al SC SRL. Stabilirea admisibilității ofertei sale urmează a se determina ulterior primirii și examinării clarificărilor relevante din partea acestuia, iar nu la acest moment.

În susținere Consiliul are în vedere și considerentele Deciziei nr. 1571 pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul 4336/2/2021, respectiv:

*Analizând toate aceste dispoziții legale din drept național și european, coroborat cu principiile jurisprudențiale reținute anterior. Curtea constată că CNSC nu a garantat petentei contestatoare, prin modul în care a expus evaluarea caracterului acceptabil al ofertei intimăte sub aspectul existenței celor două motive de excludere prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. c) și, respectiv h) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care nu a rezultat că într-adevăr autoritatea contractantă a stabilit pe baza prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa; sub aspectelor condițiilor esențiale ale acestui motiv de excludere (de cel puțin aceeași gravitate precum aceea indicată în mod exemplificativ de aceste dispoziții legale, respectiv cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă, existența unei vinovății sau a culpei grave a operatorului în săvârșirea acestei abateri profesionale grave), reținând, a justifica obiectiv, faptic și legal, că existența abaterii invocată prin contestația dedusă spre soluționarea CNSC (sanționarea subcontractantului Athos Corn SRL pentru încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor-abatere constatată de Consiliul Concurenței prin Decizia nr. 48/19.07.2019) în toate cazurile poate întruni condițiile impuse cumulativ, din această perspectivă, a existenței a acestor cazuri de excludere, din perspectiva gravității sub aspectul modului concret de săvârșire a abaterii, a contextului faptic reținut la aplicarea sancțiunii, consecințele acestei abateri asupra regulilor aplicabil prezentei proceduri, inclusiv prin raportarea la elementele de legislație internă europeană aplicabilă în materia achizițiilor publice, dar și la obiectul acestei proceduri, **toate aceste repere fiind obligatoriu dc verificat***

urmare a obligației impusă de aceste dispoziții normative interne și europene de a evalua în mod activ și cu respectarea principiului egalității de tratament, respectiv al proporționalității, existența unei astfel de abateri și circumstanțele care au condus la sancționarea patentei, dar și dacă operatorul economic s-a dovedit a nu fi fiabil sau prin această „abatere” ar fi avut un comportament necorespunzător de natură a genera îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic pentru procedura de față (în sensul invocat, iar aceste abateri profesionale săvârșite să afecteze iremediabil reputația profesională a ofertantului), astfel încât autoritatea să fie în măsură să se asigure că absența fiabilității operatorului determină inevitabil imposibilitatea executării/finalizării acestui contract, respectiv încălcare evidentă a regulilor concurenței ale în această materie.

Totodată, Curtea reține, din aceeași perspectivă, că nelegalitatea actelor de evaluare a acestei oferte a fost determinată și **de nesolicitarea unor eventuale clarificări adresate acestui operator de natură a permite autorității să verifice în mod obiectiv toate elementele menționate anterior**, inclusiv sub aspectul obligativității verificării fiabilității operatorului în discuție din perspectiva măsurilor auto corective în urma stabilirii existenței elementelor cumulative ale abaterii profesionale grave în sensul menționat anterior, respectiv de a se stabili în mod cert, pe baza unor dovezi verificabile, dacă intervenienta ar fi adoptat măsuri de conformare pentru remedierea consecințelor abaterilor și prevenirea în mod eficient a repetării acestora, acestea constând în special, în măsuri legate de personal sau de organizare, cum ar fi ruperea legăturilor cu persoanele sau organizațiile implicate în comportamentul ilicit, măsuri adecvate de reorganizare a personalului în implementarea unor sisteme de raportare și de control, crearea unei structuri interne de audit care să monitorizeze respectarea legislației și adoptarea unor norme interne de responsabilizare și de compensare, respectiv dacă patenta a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri, astfel încât măsurile luate de către operatorul economic evaluat să poată fi într-adevăr evaluate ținând seama de gravitatea și de circumstanțele particulare ale abaterii.

Din aceeași perspectivă, elemente precum legăturile juridice, concrete actuale dar și acelea de la momentul indicat ca acela al săvârșirii abaterii, existente între operatorul economic în cauză și celelalte societăți eventual participante la procedura respectivă, raportat la elementele concrete ale abaterii constatate în acest sens de Consiliul Concurenței, prin comparație cu regulile de concurență aplicabile procedurilor în discuție dar și resursele concrete ale operatorului

*economic prin raportare la resursele evaluate în cadrul procedurii care a determinat o astfel de sancționare a societății menționate, toate acestea coroborate cu întregul context factual care a determinat aplicarea acestei sancțiuni administrative reprezintă minime repere obligatorii, neanalizate nici de autoritatea contractantă, dar nici de CNSC, **deși impun autorității contractante ca aceasta să verifice ansamblul situației faptice invocate în cadrul procedurii în privința acestui ofertant, prin solicitarea unor clarificări cuprinzătoare în acest scop, iar în același timp, revenind și ofertantului obligația de a răspunde în mod activ și complet tuturor acestor solicitări de clarificări, inclusiv prin punerea la dispoziția autorității a tuturor elementelor faptice și nu numai pe care acesta le deține sau le poate obține în urma unor demersuri întreprinse în acest scop, pentru stabilirea certă a naturii juridice a acestei abateri astfel încât aceasta să fie în măsură să fie analizată din perspectiva incidenței dispozițiilor legale invocate la excluderea acestei oferte pentru ipoteza prevăzută de art. 167 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 98/2016.***

Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 1 alin. (4) din HG nr. 395/2016 prin care se stabilește faptul 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 verificare a stărilor de excludere a ofertanților și de elaborare a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor legate de calificare.

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 (Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 14 ianuarie 2021, RTS infra și Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, C-387/19, EU:C:2021:13, punctul 34, și Hotărârea din 20 decembrie 2017, Prequ' Italia, C-276/16, EU:C:2017:1010, punctele 45 și 46, 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).

Față de ansamblul celor expuse, se constată că evaluarea ofertei Asocierii SRL & ... SRL s-a realizat pe informații insuficiente aflate

la dispoziția comisiei de evaluare, ceea ce conduce la nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare, situație în care critica societății contestatoare privind nelegalitatea admiterii ofertei câștigătoare se dovedește a fi fondată.

Prin urmare, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 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, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC SRL și să anuleze actele autorității contractante privind desemnarea câștigătoare a ofertei depusă de asocierea SRL & SRL, precum și comunicările rezultatului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește oferta depusă de asocierea SRL & SRL, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SRL în contradictoriu cu

Anulează actele autorității contractante privind desemnarea câștigătoare a ofertei depusă de asocierea SRL & SRL, precum și comunicările rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește oferta depusă de asocierea SRL & SRL, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

Încuviințează în principiu și respinge cererea de intervenție depusă de SC SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

MEMBRU,