

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2812/C3/3138

Data: 21.12.2021

Prin contestația nr. A635/02.12.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 62473 din data de 02.12.2021, înaintată de S.R.L. (lider al asocierii S.R.L. - S.R.L.), cu sediul în, ... -, județul, înmatriculată la ONRC sub nr., CUI, reprezentată legal prin, administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii simplificate organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în, .., județul, în vederea atribuirii unui contract de „Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivului de investiții Lărgire Calea Craiovei zona Târg Săptămânal”, inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1094427 din data de 07.10.2021, s-a solicitat

Prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. din data de 13.12.2021, ... S.R.L. (lider al asocierii S.R.L. - S.R.L.), cu sediul în, ..., județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal prin, director general, a înaintat Consiliului o cerere de intervenție voluntară, solicitând

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Contestatoarea arată că, în documentul DUAЕ completat de S.R.L., Partea III. Motive de excludere - C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, liderul de asociere S.R.L. a declarat că a fost sancționat de Consiliul Concurenței, prin Decizia nr. 48/2020, contestată la Curtea de Apel București, dosarul fiind înregistrat sub nr. 257/2/2021, și că pentru plata sancțiunii a solicitat ajutor de stat.

De asemenea, ... S.R.L. declară, tot în DUAЕ, că a luat următoarele măsuri pentru demonstrarea fiabilității, în conformitate cu art. 171 din Legea nr. 98/2016:

(i) În privința plății sancțiunii/amenzii sau a asumării obligației de plată, declară că nu cunoaște ca până în prezent să fi fost introduse împotriva sa acțiuni în justiție, prin care să fie solicitate despăgubiri, cu privire la eventuale prejudicii cauzate prin fapta pentru care a fost sancționat de Consiliul Concurenței;

(ii) În privința clarificării, în mod complet, a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă fapta, ... S.R.L. declară, tot în DUAЕ, că au fost reținute circumstanțe atenuante care au condus la diminuarea amenzii (așa cum rezultă din Decizia nr. 48/2020), respectiv:

- cifra de afaceri;
- caracterul de noutate al faptei incriminate;
- efectul redus al încălcării;

(iii) În privința adoptării unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, declară S.R.L., tot în DUAЕ, că a adoptat, la nivelul societății, Ghidul pentru prevenirea practicilor anticoncurențiale, având rolul de a fundamenta o bună cunoaștere a legislației din domeniul de concurență, de către angajații săi, precum și Liniile directe în materie de concurență în relație cu partenerii de afaceri, având rolul de a guverna relațiile comerciale cu aceștia, trasând regulile minime de urmat din punct de vedere a regulilor concurenței.

Contestatoarea mai arată că, la solicitarea autorității contractante, ... S.R.L. a prezentat Procedura generală întocmită la nivel de firmă nr. 028 de implementare a Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, procedură însoțită prin semnătură de către directorul general și directorul de producție, răspunsul fiind considerat concludent de către comisia de evaluare.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a făcut o evaluare superficială cu privire la verificarea informațiilor din DUAЕ prezentate de S.R.L., respectiv a motivelor de excludere, întrucât ofertantul, în mod clar și fără echivoc, se află în situația stabilită la art. 167 alin. (1) lit. c) și art. 171 din Legea nr. 98/2016.

În acest context, contestatoarea susține că oferta aparținând asocierii S.R.L. - S.R.L. ar fi trebuit să fie declarată inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, nicidecum conformă.

Mai mult, contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat ofertantului declarat câștigător, astfel cum avea obligația, dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere (art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016).

În ceea ce privește conduita ofertantului declarat câștigător, contestatoarea precizează că acesta nu a furnizat nicio dovadă comisiei de evaluare privind neîncadrarea în prevederile art. 167 lit. c) din Lege. De altfel, acesta nu a prezentat nici măcar actul administrativ prin care a fost sancționat, respectiv Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/2020.

Spre deosebire de S.R.L., alături de care a fost sancționată și societatea sa, contestatoarea precizează că a adus dovezi pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele de excludere, prezentând atât Decizia nr. 48/2020, emisă de Consiliul Concurenței și situația în care a fost sancționată, cât și documentele suport, astfel cum au fost ele înregistrate și confirmate de către instituția care a efectuat investigația, precum și opinia comună elaborată de Consiliul Concurenței (nr. 9908/03.08.2020) împreună cu Agenția Națională pentru Achiziții Publice (nr. 8669/05.08.2020).

Având în vedere situațiile în care un operator economic a fost sancționat de către Consiliul Concurenței, opinia comună vine să clarifice modalitățile concrete în materie de concurență, prin care acesta poate fi „reabilitat”. Astfel, potrivit opiniei comune, societatea poate prezenta autorității contractante decizii emise de Consiliul Concurenței în ultimii 3 ani, care dovedesc că a colaborat cu instituția, prin aplicarea la politica de clemență și/sau recunoaștere a faptei anticoncurențiale, precum și dovezi privind elaborarea și implementarea unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, în concordanță cu Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență elaborat de către Consiliul Concurenței.

Pe de altă parte, deși a luat cunoștință de existența dosarului nr. 257/2/2021 pe rolul Curții de Apel București, autoritatea contractantă nu a întreprins nici cel mai mic demers pentru a afla stadiul acestuia. La efectuarea de minime verificări, înainte de declararea ofertei ca fiind câștigătoare, ar fi constatat că operatorul economic S.R.L. nu a solicitat suspendarea acestei decizii executorii și că termenul era stabilit pentru data de 08.11.2021, termen la care instanța a respins cererea de chemare în judecată, ca neîntemeiată.

Evaluarea superficială a autorității contractante a constatat nu numai în ignorarea informațiilor și elementelor concrete furnizate de contestatoare, dar și în solicitarea de clarificări privind prezentarea Ghidului pentru prevenirea practicilor anticoncurențiale și a Liniilor directe în materie de concurență în relație cu partenerii de afaceri, fără dovezile precizate la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, pentru a veni în sprijinul autorităților care fac evaluarea, Consiliul Concurenței a publicat, pe pagina proprie de internet, o listă care cuprinde denumirea operatorilor economici implicați în investigații privind trucarea de licitații, deciziile de sancționare din ultimii 3 ani, precum și mențiuni cu privire la modalitatea de cooperare a acestora cu autoritatea națională de concurență, ultima lista fiind actualizată în data

de 25.10.2021. Potrivit acesteia, ... S.R.L. nici nu a colaborat cu instituția în cadrul investigației și nici nu a elaborat și implementat un program de conformare cu legislația din domeniul concurenței.

Astfel, dacă autoritatea contractantă ar fi depus minime diligențe ar fi constatat că liderul de asociere nu numai că nu are implementate la nivelul societății programe de conformare cu legislația din domeniul concurenței, documente care ar fi fost reținute prin Decizia nr. 48/2020, de către Consiliul Concurenței (cum s-a întâmplat și în cadrul societăților investigate), dar și induce în eroare comisia, prezentând sub acest aspect o procedură generală, dând aparența existenței ei.

Or, potrivit dispozițiilor art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, *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.*

Potrivit jurisprudenței CJUE, durata maximă de excludere de la participarea la o procedură de atribuire pentru săvârșirea unor fapte contrare legislației din domeniul concurenței este de trei ani de la data deciziei autorității naționale de concurență (cauza C-124/17).

Prin urmare, contestatoarea apreciază că oferta depusă de S.R.L. trebuia considerată inacceptabilă, întrucât nu a expirat perioada prevăzută la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 63383/08.12.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 64008/08.12.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă face o prezentare detaliată a desfășurării etapelor procedurii de atribuire în discuție, precizând că, înainte de a proceda la evaluarea propunerilor tehnice și financiare, a analizat informațiile din DUAЕ și documentele care îl însoțesc și, în conformitate cu dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, a solicitat clarificări ofertantului S.R.L., respectiv prezentarea Ghidului pentru prevenirea practicilor anticoncurențiale și a Liniilor directe în materie de concurență în relație cu partenerii de afaceri, la care acesta a făcut referire în DUAЕ, cap. C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, poziția Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave. Răspunsul oferit a fost considerat concludent de către comisia de evaluare.

În fapt, autoritatea contractantă arată că ambii operatori economici (..... S.R.L. și S.R.L.) au declarat în DUAE că sunt vinovați de comiterea unei abateri profesionale grave, respectiv încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Aceștia au participat, în asociere cu încă trei operatori economici, cu ofertă comună, la procedura de achiziție publică organizată de ADMINISTRAȚIA DOMENIULUI PUBLIC în anul 2018, având ca obiect Reabilitare străzi municipiul

Prin Ordinul nr. 980/23.07.2018, Președintele Consiliului Concurenței a dispus declanșarea unei investigații având ca obiect posibila încălcare, de către asocierea S.R.L. - S.R.L. - S.R.L. - S.R.L. - SA, a dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, cu ocazia participării la procedura de atribuire mai sus amintită.

Investigația a fost declanșată ca urmare a sesizării Administrației Domeniului Public, care a solicitat, în baza dispozițiilor art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, emiterea unui punct de vedere privind posibila denaturare a concurenței de către această asociere, în cadrul procedurii, sesizând faptul că întreprinderile s-au asociat în scopul împărțirii pieței.

Urmare investigării faptei, Consiliul Concurenței, în temeiul prevederilor art. 19 alin. (1) și alin. (4) lit. a), art. 46 alin. (1) lit. d) și art. 60 alin. (5) din Legea concurenței nr. 21/1996, a constatat încălcarea, de către asocierea din care au făcut parte S.R.L. și S.R.L., a dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Lege, prin realizarea unei înțelegeri anticoncurențiale și/sau practici concertate de împărțire a pieței lucrărilor de reabilitare a străzilor din municipiul, în cadrul procedurii de achiziție publică organizată de Administrația Domeniului Public, în anul 2018.

De asemenea, Consiliul Concurenței a decis, în temeiul dispozițiilor art. 55 alin. (1) lit. a) din Legea concurenței, sancționarea celor cinci operatori economici care au format asocierea (deci implicit și pe S.R.L. și S.R.L.) pentru încălcarea acestor dispoziții, cu amenzi reprezentând un anumit procent din cifra de afaceri realizată în anul 2019 (..... S.R.L., cu amendă în cuantum de 865.947,83 lei; S.R.L., cu amendă în cuantum de 1.039.398,34 lei).

Decizia Consiliului Concurenței poate fi atacată în contencios administrativ, conform dispozițiilor art. 51 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, la Curtea de Apel București, în termen de 30 de zile de la comunicare. De această prevedere a uzat S.R.L., care a contestat decizia, fiind demarată acțiunea prin care a solicitat anularea actelor privind reglementarea concurenței, respectiv a deciziei nr. 48/10.09.2020. Operatorul economic a declarat că, până la soluționarea dosarului nr. 257/2/2021, aflat pe rolul Curții de Apel București, nu i se

aplică sancțiunea, declarându-se nevinovat de săvârșirea faptelor care reies din Decizia nr. 48/10.09.2020.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că S.R.L. și S.R.L. au săvârșit împreună, în anul 2018, aceeași faptă.

La întrebarea din DUAE: *Ați luat măsuri pentru a demonstra fiabilitatea dumneavoastră (autocorectare)?*, ambii operatori economici au răspuns DA.

..... S.R.L. a precizat că dovezile pentru demonstrarea credibilității, potrivit art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016, sunt prezentate prin adresa nr. A484/12.10.2021, care, împreună cu anexele, este atașată declarației transmise.

..... S.R.L. a precizat următoarele: față de măsura adoptării de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau fapte ilicite: adoptarea la nivelul societății noastre a Ghidului pentru prevenirea practicilor anticoncurențiale având rolul de a fundamenta o bună cunoaștere a legislației din domeniul concurenței de către angajații noștri, în special a celor cu funcții de conducere și/sau expuși riscurilor de a implica societatea în practici anticoncurențiale. Adoptarea Liniilor directe în materie de concurență în relațiile cu partenerii de afaceri, având rolul de a guverna relațiile comerciale cu aceștia, trasând regulile minime de urmat din punct de vedere al regulilor concurențiale, în vederea evitării altor încălcări ale legislației specifice.

Comisia de evaluare a verificat documentele prezentate de cei doi ofertanți și a considerat că acestea sunt concludente.

Autoritatea contractantă mai arată că, la data depunerii ofertelor, nu exista nicio sentință definitivă pronunțată împotriva S.R.L., care să-i interzică acestuia participarea, în calitate de ofertant, la o procedură de atribuire. De asemenea, nici la data întocmirii punctului de vedere față de contestație nu există o astfel de sentință.

Mai mult, autoritatea contractantă precizează că a uzat de dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, subliniind că fapta a fost săvârșită de cei doi operatori economici în luna aprilie 2018.

În replică, prin adresa nr. 2003/....., înregistrată la Consiliu cu nr. 64615/....., ... S.R.L. a transmis răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care reiterează aspectele precizate în contestație, ce vizează evaluarea superficială de către comisia de evaluare a ofertei depuse de asocieria S.R.L. - S.R.L., sens în care reclamă erijarea autorității contractante în apărător al acestui ofertant.

În plus, contestatoarea reclamă nerespectarea, de către autoritatea contractantă, a dispozițiilor art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./13.12.2021, ... S.R.L. a înaintat Consiliului o cerere de intervenție voluntară, față de contestația formulată de S.R.L.

Pe de o parte, intervenientul arată că, prin Decizia nr. 48/2020, emisă de Consiliul Concurenței, societatea sa a fost, într-adevăr, sancționată pentru încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, împreună cu alte patru societăți comerciale.

Decizia susmenționată a fost atacată la Curtea de Apel București (dosarul nr. 257/2/2021), intervenienta susținând nevinovăția pentru fapta reținută în sarcina sa, respectiv aceea de înțelegere neconcurențială și/sau practică concertată de împărțire a pieței în contextul participării la procedura de achiziție publică.

Important de reținut este însă că, prin Decizia nr. 48/2020, a fost sancționată și societatea S.R.L., ofertant care, cunoscându-și probabil propriile fapte, a încheiat un acord de recunoaștere a vinovăției, beneficiind astfel de mai multe facilități. Printre acestea se numără și facilitatea de reducere a amenzii care, potrivit Deciziei nr. 48/2020, era de 1.039.398,83 lei.

Pe de altă parte, intervenienta precizează că dreptul la apărare este consacrat la nivel constituțional și recunoscut inclusiv în jurisprudența CJUE, astfel că a susține că o măsură de plată a amenzii, care nu este dublată și de o recunoaștere a faptei, nu intră în categoria măsurilor considerate suficient de importante pentru ca un operator economic să își demonstreze credibilitatea/fiabilitatea, reprezintă o încălcare gravă a prevederilor art. 57 din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice.

În acest context, intervenienta apreciază neîntemeiată *de plano* contestația, deoarece, indiferent de motivele care sunt invocate, acestea se bazează pe poziția de superioritate juridică și pe protecția juridică pe care autoarea ei consideră că o are, prin recunoașterea vinovăției, poziție care aduce atingere principiului de drept civil *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Pe fondul cauzei, intervenienta precizează că, potrivit legislației în domeniul achizițiilor publice și sectoriale, o autoritate contractantă are obligația de a exclude, din procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru, un operator economic care a comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea, precum încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel, care vizează trucarea licitațiilor.

Chiar dacă acesta reprezintă un caz de excludere obligatoriu, legea oferă posibilitatea ofertantului să furnizeze dovezi autorității contractante care să arate că a luat măsuri pentru a-și demonstra credibilitatea/fiabilitatea - în alte cuvinte, că „s-a reabilitat”.

Tipul de dovezi pe care un operator economic poate să le prezinte autorității contractante sunt expres menționate, atât la nivelul legislației naționale, cât și la nivelul legislației europene.

În măsura în care dovezile prezentate sunt considerate suficiente de autoritatea contractantă, ofertantul are posibilitatea de a participa la procedura de atribuire (chiar dacă este afectat de un caz de excludere).

Toate aceste aspecte rezultă din interpretarea dispozițiilor art. 167 și art. 171 din Legea nr. 98/2016 și au fost pe deplin respectate de autoritatea contractantă, încă de la data publicării documentației de atribuire (fișa de date, partea III.1.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*), dar și pe parcursul derulării procedurii de evaluare a ofertelor.

În ceea ce privește documentele care să justifice credibilitatea operatorilor economici, acestea sunt prezentate orientativ și/sau exemplificativ, de art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă având, posibilitatea de apreciere a acestora.

Intervenienta arată că a completat DUAЕ în mod corect și legal, menționând faptul că se află în situația reglementată de art. 167 alin. (1) lit. c) coroborat cu art. 171 din Legea nr. 98/2016, indicând documentele prin care își dovedește credibilitatea.

Prin urmare, cerința de calificare, apreciată din punct de vedere formal, din perspectiva conținutului DUAЕ, respectiv a obligației ofertantului de a completa câmpurile activate de autoritatea contractant, de a înscrie în acestea date concrete, complete și reale, este îndeplinită.

Din punct de vedere al fondului conținutului DUAЕ, se poate observa că încadrarea în prevederile art. 167 lit. c) din Legea nr. 98/2016 nu conducea la excluderea obligatorie din procedură, așa cum susține contestatoarea, o astfel de interpretare denaturând scopul legii.

Dacă legiuitorul ar fi dorit ca operatorii economici cărora li se impută săvârșirea unei abateri profesionale grave, de natură a le pune în discuție integritatea, să nu participe la licitații, cel puțin pentru o perioadă determinată de timp, ar fi interzis în mod expres înscrierea în procedurile de achiziție publică a acestei categorii de persoane.

Însă, legiuitorul, deși consideră că săvârșirea unei fapte grave poate pune în discuție integritatea operatorului economic, care participă la licitație, conferă acestuia posibilitatea de a furniza dovezi, care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra fiabilitatea, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere, iar autorității contractante îi conferă posibilitatea de a verifica, constata și aprecia dacă operatorul economic este sau nu „adecvat”, pentru a i se atribui un contract de achiziție publică.

Prin urmare, autoritatea contractantă a procedat corect atunci când, verificând condițiile de participare și cerințele minime asociate, ale celor doi ofertanți, a apreciat că oferta societății sale, ca, de altfel, și oferta aparținând S.R.L., care se afla, de asemenea, sub incidența dispozițiilor art. 167 lit. c) din Legea nr. 98/2016, nu este inacceptabilă/neconformă/neadecvată.

De altfel, față de împrejurarea că ambele societăți ofertante aveau înscrisă în DUAE încadrarea în dispozițiile art. 167 lit. c) din Legea nr. 98/2016, face lipsite de interes criticile contestatoarei.

În continuare, intervenienta precizează că a prezentat, în dovedirea măsurilor luate pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, *Ghidul pentru prevenirea practicilor anticoncurențiale* și *Codul de conduită și etică în afaceri - Liniile directe în materie de concurență în relațiile cu partenerii de afaceri*.

Pe de o parte, intervenienta apreciază că S.R.L. nu poate critica documentele depuse de societatea sa și cerute de autoritatea contractantă prin raportare la propriile documente, deoarece, la acest moment, documentele contestatoarei nu mai pot fi analizate și, oricum, verificarea documentelor suport nu se face prin analiza comparativă, ci în raport de aprecierea autorității contractante și dispozițiile legale aplicabile.

Pe de altă parte, Codul de conduită și etică în afaceri conține, printre altele, un set de standarde, care guvernează conduita comercială și de afaceri a grupului și a angajaților, privitoare la obligația asumată de a nu furniza concurenților săi informații confidențiale privitoare la activitatea comercială a grupului/obligația de a nu încerca niciodată să obțină informații confidențiale privitoare la activitatea comercială a concurenților săi/obligația de a nu încheia înțelegeri de exclusivitate cu distribuitorii când se va găsi într-o poziție dominantă pe piață.

De asemenea, prin Codul de etică sunt interzise acele conduite anticoncurențiale, ce constau în înțelegeri între competitori cu privire la manipularea licitațiilor, controlarea ofertelor, împărțirea clientelei sau a pieței etc.

Sunt stabilite, de asemenea, reguli obligatorii, aplicabile în situația în care S.R.L. decide participarea în consorțiu cu un concurent sau potențial concurent la o licitație, precum și procedura de urmat în cazul în care se constată săvârșirea unei fapte interzise prin lege sau Codul de conduită, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme și adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor.

Documentele transmise au fost apreciate, în mod corect, de către autoritatea contractantă, ca fiind suficiente și concludente în dovedirea credibilității societății, dreptul de apreciere al autorității izvorând din lege, respectiv art. 167 din Legea nr. 98/2016, care transpune art. 57 alin. (4) din Directiva 2014/24.

Susținerea contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă a dat dovadă de superficialitate în solicitarea de clarificări ale dovezilor necesare demonstrării credibilității, dar și în aprecierea acestora, reprezintă doar o opinie personală, întemeiată pe împrejurarea că numai documentele depuse de acest operator economic sunt concludente.

Nu S.R.L. are dreptul să aprecieze care documente sunt elocvente sau nu, iar recunoașterea de către această societate a faptei ilicite constatate de Consiliul Concurenței nu îi poate crea un avantaj absolut față de ceilalți participanți.

De asemenea, nici modul neprofesional în care contestatoarea se folosește de avantajul recunoașterii propriei fapte, prin indicarea, într-o manieră sieși avantajoasă, a modalității în care susține că a constituit o asocieră cu intervenienta în vederea participării cu o ofertă comună în procedura de achiziție publică organizată de ADP în anul 2018, nu reprezintă un argument în aprecierea lipsei credibilității (cauza T-151/16, CJUE).

Totodată, nici invocarea Opiniei comune a Consiliului Concurenței și ANAP nu poate aduce atingere libertății autorității contractante de a evalua măsurile luate și dovezile în susținerea acestora.

Opinia comună nu are forță obligatorie și nu reprezintă o interpretare legală a legislației privind achizițiile publice, ci are doar un caracter de recomandare/orientare și nu reprezintă un standard obligatoriu de urmat pentru autoritățile contractante.

Pe de altă parte, opinia comună nu poate fi interpretată ca o limitare a tipului de dovezi pe care, potrivit legii, un operator economic le poate arăta autorității contractante pentru demonstrarea fiabilității sale.

O astfel de interpretare limitează prerogativa acordată (prin lege și recunoscută la nivel european și consacrată prin decizii ale CJUE) autorității contractante, de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice sau nu.

Interpretare agreată de contestatoare ar face ca Agenția Națională pentru Achiziții Publice și Consiliul Concurenței să influențeze, cel puțin indirect, dreptul discreționar de apreciere al autorității contractante asupra fiabilității operatorilor economici asupra cărora este incident un caz de excludere din procedura de atribuire (Hotărârea pronunțată în cauza C- 41/18, CJUE).

Or, aplicând opinia comună ca un standard obligatoriu, există riscul să se rețină că Agenția Națională pentru Achiziții Publice și Consiliul Concurenței, indirect, impun autorităților contractante *o apreciere făcută de un terț*, limitând aplicarea de către aceasta a principiului proporționalității, referit mai sus.

Oricum, dovezile și măsurile menționate expres de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice și Consiliul Concurenței, în opinia comună se concentrează pe cazurile în care operatorul economic a recunoscut fapta anticoncurențială, a beneficiat de o politică de clemență sau a implementat un program de conformare (toate aceste măsuri fiind facultative potrivit legislației concurenței).

În plus, intervenienta consideră nereală susținerea contestatoarei, potrivit căreia autoritatea contractantă nu a ținut cont de lista publicată de Consiliul Concurenței pe propria pagină de internet, care cuprinde

operatorii economici implicați în investigații privitoare la trucarea de licitații.

Or, autoritatea contractantă a ținut cont de această listă, dând acesteia efectele pe care însuși Consiliul Concurenței i le-a dat, aceea de centralizator în scop de informare. O transformare a acestui centralizator într-o veritabilă listă neagră încalcă întreaga legislație națională și europeană.

Totodată, intervenienta susține că pronunțarea de către Consiliul Concurenței a Deciziei nr. 48/2020 nu poate fi interpretată ca o prezumție absolută de lipsă de fiabilitate și credibilitate a societății sale și nici ca o prezumție absolută de legalitate a actului administrativ (distinct de caracterul executoriu al acestuia), în condițiile în care, pe rolul Curții de Apel București, există o acțiune de anulare a ei, cu o soluție nedefinitivă pronunțată în cauză, ce va fi, în termen legal, atacată la Înalta Curte de Casație și Justiție.

De altfel, contrar susținerilor contestatoarei, intervenienta arată că a solicitat și suspendarea executării actului administrativ, în condițiile art. 14 din Legea nr. 554/2004.

În opinia intervenientei, autoritatea contractantă a avut în vedere toate elementele specifice speței și a apreciat în mod corect că sancțiunea primită de la Consiliul Concurenței nu poate să se transforme într-o măsură cu efecte mai mari decât Consiliul a stabilit (nu există o sancțiune de interzicere a participării la licitație). Totodată, documentele solicitate au demonstrat credibilitatea societății de a realiza obiectivul contractului de achiziție.

Nu poate fi ignorat nici faptul că autoritatea contractantă a verificat, în SEAP, și existența unor eventuale certificate constatatoare negative, observând că nu există astfel de acte emise.

Nu în ultimul rând, intervenienta arată că a atașat adresa nr. 417/02.04.2021, prin care a solicitat Agenției Naționale pentru Achiziții Publice să clarifice situația în care autoritățile contractante resping de drept ofertele operatorilor economici care se regăsesc în situația prevăzută de art. 167 lit. c) din Legea nr. 98/2016 și să indice modalitatea în care își poate demonstra credibilitatea, precum și răspunsul agenției, primit în data de 27 aprilie 2021, potrivit căruia autoritatea contractantă are libertatea de a evalua măsurile luate și dovezile în susținerea acestora.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 07.10.2021, o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii unui contract de „Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivului de investiții Lărgire Calea Craiovei zona Târg Săptămânal”, prin publicarea anunțului de participare nr. SCN1094427.

Împotriva rezultatului procedurii, a formulat contestație S.R.L., prin care s-a solicitat anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător, asocierea S.R.L. - S.R.L., în raport de prevederile art. 164 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 171 din același act normativ.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... S.R.L. a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207676739/1, în valoare de 45.299,85 lei, emisă de CEC BANK – SUCURSALA VICTORIA, la data de 03.12.2021.

Consiliul reține și că societatea S.R.L. a formulat o cerere de intervenție voluntară, față de contestația formulată de S.R.L., solicitând respingerea acesteia și menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei, în principiu, autoarea ei având interesul de a fi menținută în competiție oferta proprie. Întrucât intervenția are caracter accesoriu, în favoarea autorității contractante, analiza ei va continua în condițiile prevăzute la art. 67 din Codul de procedură civilă.

..... S.R.L. (lider al asocierii S.R.L. - S.R.L.) critică declararea câștigătoare a ofertei S.R.L. (lider al asocierii S.R.L. - S.R.L.).

Consiliul constată că, după cum a declarat în propriul DUAЕ, ... S.R.L. a fost sancționată de Consiliul Concurenței, cu amendă, prin Decizia nr. 48/2020, pentru încălcarea art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996:

„Art. 5. - (1) Sunt interzise orice înțelegeri între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care:

c) împart piețele sau sursele de aprovizionare”.

Art. 1 din decizie prevede: „Se constată încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Lege, prin realizarea unei înțelegeri anticoncurențiale și/sau practici concertate de împărțire a pieței lucrărilor de reabilitare a străzilor din municipiul, în cadrul procedurii de achiziție publică organizată de ADMINISTRAȚIA DOMENIULUI PUBLIC din anul 2018.”

Așadar, pentru o faptă anticoncurențială legată de o achiziție publică a fost sancționată S.R.L.

Conform art. 167 și 169 din Legea nr. 98/2016:

(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:

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;

(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.

Art. 169. - Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”.

În consecință, față de S.R.L., autorității contractante îi revenea obligația de a aplica aceste dispoziții legale, coroborate cu cele din art. 171 din aceeași Lege:

„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 **evaluatează 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.

(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”.

În speța de față, prin procesul verbal nr. 57284/02.11.2021, comisia de evaluare a luat act de sancționarea S.R.L. și a hotărât să îi solicite Ghidul pentru prevenirea practicilor anticoncurențiale și Liniile directoare în materie de concurență în relație cu partenerii de afaceri, hotărâre pusă în aplicare prin adresa nr. 57283/02.11.2021. Societatea a răspuns cu adresa nr. 440/04.11.2021, prezentând Procedura generală de implementare Ghid privind conformarea cu regulile de concurență cod PG-D28 (15 pagini) și Codul de conduită și etică în afaceri – Liniile directoare în materie de concurență în relațiile cu partenerii de afaceri (47 de pagini).

În procesul-verbal nr. 58070/08.11.2021, comisia de evaluare s-a limitat să consemneze că ofertantul a răspuns solicitării. Nicăieri, în niciun document al comisiei, nici în raportul procedurii, nu există vreo analiză a celor două documente prezentate de S.R.L.

Față de această situație de fapt, CNSC observă că autoritatea contractantă nu a respectat întocmai dispozițiile art. 167, 169 și 171 din Legea nr. 98/2016, în sensul că nu a solicitat S.R.L. dovezi care să arate că măsurile luate (implementate) de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, astfel cum sunt ele enumerate la alin. (1) din art. 171, și nici nu a evaluat vreo măsură luată și dovedită de către ofertant, ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii săvârșite.

Nici cele două documente prezentate, respectiv Procedura generală de implementare Ghid privind conformarea cu regulile de concurență cod PG-D28 și Codul de conduită și etică în afaceri – Liniile directoare în materie de concurență în relațiile cu partenerii de afaceri, nu au fost analizate de către comisia de evaluare, neexistând vreo consemnare a comisiei despre conținutul lor și în ce fel au ameliorat/restabilit ele credibilitatea S.R.L.

Nici măcar în punctul de vedere asupra contestației, autoritatea nu aduce argumente concrete vizavi de reabilitarea societății ofertante, cu toate că invocă exact dovezile pe care le prevăd art. 171 alin. (1) și (3). Nu s-a preocupat să ceară nici măcar relații despre eventuala achitare, integrală sau parțială, a amenzii aplicate de Consiliul Concurenței. Deși, în respectivul punct de vedere, este invocată expirarea perioadei de 3 ani de la data „apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”, în actele de evaluare a ofertei nu se menționează nimic în acest sens. După cum a remarcat contestatoarea, potrivit jurisprudenței CJUE, perioada de excludere trebuie calculată începând nu de la participarea la încălcare, ci de data la care comportamentul a făcut obiectul unei constatări a încălcării de către autoritatea competentă (trei ani de la data deciziei autorității naționale de concurență, cauza C-124/17, iar de la Decizia nr. 48/2020 nu au trecut trei ani).

În toate cazurile, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului, de către autoritatea contractantă.

În consecință, evaluarea ofertei acestei societăți a fost superficială, cu încălcarea obligațiilor stabilite la art. 167, 169 și 171 din Legea nr. 98/2016.

Văzând cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, CNSC constată caracterul fondat al contestației, motiv pentru care va admite contestația formulată de S.R.L. și va obliga autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 61441/25.11.2021, respectiv partea referitoare la evaluarea ofertei S.R.L., și la anularea comunicărilor care conțin rezultatul acesteia, potrivit considerentelor de mai sus. Va dispune reevaluarea temeinică și potrivit legii a ofertei în referință, în termen de 15 de zile de la comunicarea prezentei.

Relativ la cererea de intervenție voluntară aparținând S.R.L., față de cele reținute cu prilejul examinării contestației S.R.L., Consiliul apreciază nefondată respectiva cerere de intervenție, motiv pentru care o va respinge.

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

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de S.R.L., în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 61441/25.11.2021, respectiv partea referitoare la oferta S.R.L., și la anularea adreselor prin care a fost comunicată declararea câștigătoare a acestei oferte. Dispune reevaluarea temeinică a acestei oferte, conform considerentelor de mai sus, în termen de 15 de zile de la comunicarea prezentei.

Încuviințează, în principiu, și respinge, ca nefondată, cererea de intervenție voluntară nr. /, depusă de S.R.L.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....