

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., înaintată de, în calitate de lider al asocierii, cu sediul social în localitatea ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, atribut fiscal RO, reprezentată legal prin director general și convențional prin cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la din, împotriva rezultatului procedurii de atribuire nr. emis de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „...”, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. ... din ..., precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia;
- anularea raportului procedurii nr. din ..., precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia;
- anularea deciziei autorității contractante privind respingerea/excluderea ofertei depuse de asocierea
- anularea deciziei autorității contractante prin care a fost dispusă anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei asocierii

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

Prin contestația formulată, ... solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, arătând că potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr., autoritatea contractantă a reținut următoarele aspecte:

- a efectuat demersuri în vederea demonstrării credibilității sale, elaborând plan de instruire și formare profesională a personalului pentru anul 2021, procedura de sistem pe competența și conștientizare, manual de asigurare a respectării dreptului concurenței, regulament intern al
- potrivit unui comunicat de presă al Consiliului Concurenței se derulează o nouă investigație privind comportamentul și al altei companii cu privire la care există indicii potrivit cărora nu s-au concurat la proceduri de achiziție publică, organizate începând cu anul 2017, ceea ce ar putea sugera o posibilă intenție de împărțire a contractelor. De

asemenea, se comunică faptul că este parte în investigația declanșată prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 995/06.10.2020 având ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței și ale art. 101 alin. (1) din TFUE de către întreprinderi, pe piața comercializării și execuției mijloacelor de semnalizare rutiera din România;

- comisia de evaluare apreciază că dovezile prezentare de nu ar fi suficiente pentru a demonstra credibilitatea sa, atâta vreme cât, în prezent, se afla în derulare investigații ale aceluiași organism, determinate de faptul că privitor la comportamentul (și al altor societăți) există indicii potrivit cărora acestea nu s-au concurat la proceduri de achiziție publică, organizate începând cu anul 2017, ceea ce ar putea sugera o posibilă intenție de împărțire a contractelor.

Contestatoarea consideră că respingerea/excluderea asocierii este netemeinică și nelegală.

Aceasta arată că, pentru a dispune respingerea/excluderea sa, comisia de evaluare a invocat, în mod eronat, investigația aflată în curs la nivelul Consiliului Concurenței, în condițiile în care, în prezent, nu există o altă decizie a autorității administrative prin care să se rețină săvârșirea unei eventuale abateri profesionale grave, condiție obligatorie în conformitate cu dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, precizează că trebuie avut în vedere faptul că în dreptul concurenței în România și în Uniunea Europeană este aplicabil un standard de probă foarte ridicat, similar dreptului penal, în ceea ce privește dovedirea existenței unor înțelegeri și practici anticoncurențiale, încălcări ale prevederilor art. 101 alin. (1) din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene.

În susținere invocă Cauza C67/13 P Groupement des cartes bancaires vs. Comisia Europeană, și cauza C-124/17, Decizia Curții Constituționale nr. 738/2018, precum și Decizia Curții de Apel București nr. 149/06.02.2020.

Contestatoarea menționează că nu se poate spune că ar avea în continuare un comportament care ar fi contrar Legii concurenței nr. 21/1996, având în vedere că investigația aflată în derulare privește activitatea societății anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr.

Totodată, susține că investigația declanșată în anul 2020 este foarte probabil să se încheie fără aplicarea unei sancțiuni, iar prin excluderea decisă, autoritatea contractantă anticipează doar o decizie de sancționare.

În susținere, evocă punctul de vedere nr. al Consiliului Concurenței, precum și adresa ANAP nr. ... de răspuns la adresa nr.

Concluzionând, contestatoarea menționează că nu se află în situația excluderii, analiza autorității contractante fiind superficială, incompletă și contrară literei și spiritului prevederilor legale aplicabile.

Sunt invocate:

- punctul de vedere ANAP nr. ...;
- punctele de vedere nr. ... și nr. ... emise de;
- cauza C124/17 Vossloh Laeis GmbH împotriva Stadtwerke

München GmbH.

Mai menționează contestatoarea că, ulterior comunicării Deciziei nr. ... de către Consiliul Concurenței, a participat la mai multe proceduri de atribuire, informând autoritățile contractante despre situația de excludere, iar acestea au considerat că măsurile luate demonstrează credibilitatea, hotărând că oferta nu trebuie exclusă.

În drept, sunt invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale anexei la HG nr. 395/2016, precum și celelalte acte normative invocate în contestație.

În probațiune, sunt depune, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației

Autoritatea contractantă arată că, anterior deciziei de respingere a ofertei asocierii, comisia de evaluare a solicitat informații și punct de vedere Consiliului Concurenței prin adresa, precum și clarificări contestatoarei cu privire la faptul că administratorul sau societatea este cercetat sub aspectul săvârșirii vreunei infracțiuni care are legătură cu procedurile de licitație publică și atribuirea de contracte din fonduri publice sau europene.

Aceasta menționează că asocierea a răspuns prin adresa nr. ..., iar prin adresa nr.

În continuare, prezintă aspectele care au determinat decizia finală de respingere a ofertei contestatoarei, respectiv:

1. - s-a constatat că în conținutul DUAЕ la secțiunea C, a menționat *"Vedeți documentele depuse în cadrul prezentei proceduri sub denumirea Declarație art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și măsurile de îndreptare anexate"*.

Arată autoritatea contractantă că, urmare analizării documentelor depuse, a rezultat faptul că în Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, a menționat: „ (...) *declar pe propria răspundere că în ultimii 3 ani (...) am comis o abatere profesională gravă care să ne pună în discuție integritatea.*”

Astfel, autoritatea contractantă constată faptul că, deși decizia Consiliului Concurenței nr. ... se referă la fapte săvârșite în intervalul 2010-2017, iar depunerea ofertelor a fost în data de, contestatoarea își menține declarația de comitere a unor abateri profesionale grave în ultimii 3 ani.

2. – în data de, asocierea declară, în cuprinsul Declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, la lit. c) : *"am comis o abatere profesională gravă care să ne pună în discuție integritatea."*

Autoritatea contractantă arată că a apreciat că dovezile prezentate de, respectiv măsurile procedurale adoptate, inclusiv clemența de care a beneficiat la alicarea sancțiunii, precum și plata amenzii, nu sunt suficiente pentru a demonstra credibilitatea sa, respectiv reabilitarea prin raportare la sancțiunea aplicată prin Decizia nr., atâta timp cât, în prezent, se află în derulare investigații ale aceluiași organism, determinate de faptul că privitor la comportamentul și al altor societăți, există indicii potrivit cărora nu s-au concurat la proceduri de achiziție publică, organizate începând cu anul 2017.

Cu privire la susținerea contestației potrivit căreia, ulterior primirii deciziei nr., a participat la mai multe proceduri de atribuire, informând asupra situației de excludere, iar ofertele sale nu au fost respinse, autoritatea contractantă consideră că aceasta este nefondată și tebuie respinsă.

Urmare studierii dosarului cauzei și a punctului de vedere prezentat de autoritatea contractantă, prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., ... a transmis concluzii scrise, solicitând admiterea contestației, precizând, pe lângă aspectele deja prezentate, următoarele:

- diligențele derulate de comisia de evaluare au fost pur formale, cu scopul de a crea aparența unei evaluări corecte;

- autoritatea contractantă a prezentat Consiliului adresa nr. emisă de Consiliul Concurenței, eliminând partea din adresa care face referire la faptul că investigația declanșată prin Ordinul nr. este în desfășurare, rezultatele acesteia putând fi făcute publice doar la momentul finalizării.

Menționează că adresa nr., în forma nealterată a fost obținută de la dosarul achiziției unei alte proceduri de atribuire, derulată de către aceeași autoritate contractantă.

- declarația contestației a vizat exclusiv faptele reținute prin Decizia Consiliului Concurenței nr.;

- cu privire la înscrisurile transmise autorității contractante de către, contestația arată că aceasta provine de la un operator economic care nu are calitate în această procedură.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., ... a transmis note scrise prin care reiterează nelegalitatea deciziei de excludere/respingere a ofertei, menționând că simpla existență a unei investigații în curs pe rolul Consiliului Concurenței, nu poate determina o eventuală excludere din procedura de atribuire, anterior finalizării acesteia.

În susținerea concluziilor sale, anexează, în copie, adresa ANAP nr.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a transmis dovada demersurilor întreprinse pe lângă organele penale competente.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., ... a transmis documentul "Note" prin care reiterează nelegalitatea deciziei de excludere/respingere a ofertei

În susținere, anexează, în fotocopie, adresa Consiliului Concurenței nr.

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

Procedura simplificată a fost inițiată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat, având codul de identificare ... din data de ..., stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind ora ..., valoarea estimată a contractului ce urmează a se încheia fiind de lei, fără TVA.

Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., emisă de, în data de, prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de lei.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, asocierea, prin liderul asocierii, a depus contestația în analiză, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Ofertanta a constituit cauțiunea în sumă de .. lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. ... din ..., eliberată de ..., Sucursala

Trecând la soluționarea cauzei, Consiliul constată că aceasta este îndreptată împotriva deciziei de respingere a ofertei contestatoarei comunicată cu adresa nr.

Motivele respingerii au fost următoarele:

Comisia de evaluare a constatat ca, în conținutul DUAЕ, la secțiunea C. Motive legate de insolventa, conflict de interese sau abateri profesionale, subsecțiunea Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave, operatorul economic a menționat "Vedeți documentele depuse în cadrul prezentei proceduri sub denumirea Declarație art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 și măsurile de îndreptare anexate."

În urma analizării documentelor depuse, inclusiv a Deciziei Consiliului Concurenței nr., precum și a Declarației privind măsurile de îndreptare și demonstrare a credibilității operatorului economic, a rezultat faptul că, deși a efectuat demersuri în vederea demonstrării credibilității sale, elaborând un plan de instruire și formare profesională a

personalului pe anul 2021, procedura de sistem pe competența și conștientizare, manual de asigurare a respectării concurenței, regulament intern al, în Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea 98/2016, la lit. c), a menționat: "(...) declar pe propria răspundere că în ultimii 3 ani: (...) am comis o abatere profesională gravă care să ne pună în discuție integritatea".

Pentru lămurirea acestei declarații și anterior unei decizii de admitere/excludere a Asocierii, pentru acest motiv, comisia de evaluare a solicitat clarificări acesteia cât și puncte de vedere de la Consiliul Concurenței, rezultând următoarele:

- deși Decizia Consiliului Concurenței nr. se refera la fapte săvârșite în intervalul 2010-2017, iar depunerea ofertelor a fost în data de, la mai mult de 3 ani de la această perioadă, ... își menține, chiar și în urma clarificărilor, declarația de comitere a unor abateri momentul emiterii deciziei Consiliului Concurenței nr. (producerea evenimentului relevant) și nu se raportează la perioada de investigație.

- potrivit unui Comunicat de presă al Consiliului Concurenței se derulează o nouă investigație privind comportamentul și a altei companii cu privire la care există indicii potrivit cărora nu s-au concurat la proceduri de achiziție publică, organizate începând cu anul 2017, ceea ce ar putea sugera o posibilă intenție de împărțire a contractelor. De asemenea, prin punctul de vedere transmis de Consiliul Concurenței, cu nr., se comunica faptul că întreprinderea este parte în investigația declanșată prin Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 995/06.10.2020 având ca obiect posibilă încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din legea concurenței și ale art. 101 alin. (1) din TFUE de către unele întreprinderi, pe piața comercializării și execuției mijloacelor de semnalizare rutieră din România.

Fata de aceste aspecte, comisia de evaluare apreciază că dovezile prezentate de, respectiv măsurile procedurale adoptate, inclusiv clemența de care a beneficiat la aplicarea sancțiunii, conform Deciziei Consiliului Concurenței nr., precum și plata amenzii, nu sunt suficiente pentru a demonstra credibilitatea sa, respectiv reabilitarea sa prin raportare la sancțiunea aplicată prin decizia mai sus menționată, atâta vreme cât, în prezent, se afla în derulare investigații ale aceluiași organism, determinate de faptul că privitor la comportamentul (și al altor societăți) există indicii potrivit cărora acestea nu s-au concurat la proceduri de achiziție publică, organizate începând cu anul 2017, ceea ce ar putea sugera o posibilă intenție de împărțire a contractelor.

Autoritatea contractantă a decis anularea procedurii, în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, având în vedere faptul că nu s-a depus nicio ofertă admisibilă.

Anterior respingerii ofertei, prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a solicitat asocierii următoarele clarificări:

«Având în vedere ca, în urma analizării DUAE și a documentelor anexate, comisia de evaluare a constatat faptul că în Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 din Legea 98/2016, completată în data de ..., la litera c) ați menționat "(...) declar pe proprie răspundere: (...) c) că în ultimii 3 ani am comis o abatere profesională gravă care să ne pună în discuție integritatea (...)", vă rugăm să clarificați această mențiune prin raportare la Decizia Consiliului Concurenței nr., respectiv la perioada reținută în conținutul acesteia ca fiind cea în care a fost săvârșită fapta sancționată.

De asemenea, vă rugăm să ne comunicați dacă ați efectuat plata amenzii reprezentând sancțiunea pecuniară stabilită de Consiliul Concurenței prin Decizia nr. ... și, în caz afirmativ, să faceți dovada.

Vă solicităm să ne comunicați dacă dumneavoastră, ca administrator sau societatea ... este cercetat sub aspectul săvârșirii vreunei infracțiuni care are legătură cu procedurile de licitație publică și atribuirea de contracte din fonduri publice sau europene.

În caz afirmativ vă rugăm să ne comunicați stadiul cercetării, numărul dosarului, obiectul și pe rolul cărei entități de cercetare penală se afla».

Ofertanta a răspuns cu adresa nr., în care a arătat următoarele:

1) Referitor la solicitarea: "vă rugăm să clarificați această mențiune prin raportare la Decizia Consiliului Concurenței nr., respectiv la perioada reținută în conținutul acesteia ca fiind cea în care a fost săvârșită fapta sancționată",

Conform pct. (738) din Decizia nr. ... emisă de Consiliul Concurenței, la finalizarea investigației declanșată la societatea, faptele pentru care s-a decis sancționarea subscrisei s-au produs în perioada 2010-2017.

Totodată, potrivit deciziei pronunțată de autoritatea de concurență, societatea a depus o cerere de clemență și a furnizat o serie de documente și informații ce au avut o contribuție semnificativă în investigație, a cooperat în mod real, total, continuu și prompt cu Consiliul Concurenței de-a lungul întregii proceduri de investigație și a încetat implicarea în presupusa înțelegere, îndeplinind toate condițiile cumulative prevăzute la pct. 20 din Instrucțiunile privind condițiile și criteriile de aplicare a politicii de clemență - pct, (798), (799), (801) din Decizia nr.

2) Referitor la "efectuarea plății amenzii"

Potrivit art. 5 din Decizia nr. emisă de Consiliul Concurenței, singura sancțiune aplicată societății a constat în aplicarea unei amenzi.

Subscrisa a luat toate măsurile astfel încât să ne demonstrăm credibilitatea, cooperând efectiv cu autoritatea de concurență prin aplicarea la politica de clemență și de recunoaștere.

Totodată, am făcut dovada în fața autorității de concurență a implementării unui program de conformare cu legislația în domeniul concurenței, toate aceste dovezi fiind înaintate și către dumneavoastră, odată cu oferta depusă.

Aceste trei măsuri sunt apreciate ca fiind dovezi pentru demonstrarea credibilității ofertantului, prin raportare la măsurile de excludere, așa cum reiese și din documentele înaintate odată cu oferta noastră.

..... a achitat, în integralitate, amenda aplicată de către Consiliul Concurenței al cărei quantum a fost de lei, având în vedere că nu am exercitat nici o cale de atac împotriva deciziei pronunțate. În dovedire, anexăm documentul de plată a amenzii - OP nr. în valoare de lei.

3) Referitor la solicitarea de a comunica "dacă dumneavoastră ca administrator sau societatea este cercetat sub aspectul săvârșirii vreunei infracțiuni care are legătură cu procedurile de licitație publică și atribuirea de contracte din fonduri publice sau europene. În caz afirmativ vă rugăm să ne comunicați stadiul cercetării, numărul dosarului, obiectul și pe rolul cărei entități de cercetare penală se afla."

Subscrisei și administratorului societății nu ne-au fost aduse la cunoștință informații potrivit cărora am avea calitate într-un astfel de dosar având ca obiect cercetarea săvârșirii unei infracțiuni care are legătură cu procedurile de licitație publică și atribuirea de contracte din fonduri publice sau europene.

De altfel, în raport de prevederile art. 164 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, o asemenea calitate ar fi irelevantă la evaluarea ofertei subscrisei, în condițiile în care excluderea din procedura de atribuire are loc în mod exclusiv în cazul existenței unei hotărâri judecătorești sau a unei decizii a autorității administrative, iar nu atunci când se efectuează cercetarea penală, aspect definitiv reținut de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 738/2018 general obligatorie potrivit art. 147 din Constituția României, astfel:

„25. În acest context, raportat la cauza de față, Curtea reține că sancțiunea excluderii unui operator economic din procedura de atribuire intervine atunci când autoritatea contractantă stabilește că acesta a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești pentru una dintre infracțiunile enumerate strict și limitativ de art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, potrivit art. 167 alin. (1) lit. c) din lege, autoritatea contractantă, având în vedere o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative, exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea.

Așadar, în ambele ipoteze OPERATORUL ECONOMIC VA FI EXCLUS DIN PROCEDURA DE ACHIZIȚIE NUMAI ÎN TEMEIUL UNEI HOTĂRĂRI

JUDECĂTOREȘTI, RESPECTIV AL UNEI DECIZII A UNEI AUTORITATI ADMINISTRATIVE."

Au fost atașate extras din decizia nr. și copie OP nr.

De asemenea, urmare solicitărilor adresate de către achizitoare Consiliului Concurenței, prin adresa nr., acesta a răspuns prin adresa nr. ...din, următoarele:

"Urmare adresei dumneavoastră menționate mai sus prin care solicitați unele informații referitoare la aplicabilitatea prevederilor art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare (denumită în continuare Legea achizițiilor publice), în ceea ce privește întreprinderea cu ocazia participării la procedurile de achiziție publică având anunțuri de participare simplificate publicate în SICAP cu nr. și ..., vă precizăm următoarele:

.....este autoritatea administrativă autonomă în domeniul concurenței, care pune în aplicare prevederile Legii concurenței nr. 211/1996, republicata cu modificările și completările ulterioare (denumită în continuare Legea concurenței), act normativ care are în vedere actele și faptele susceptibile a afecta mediul concurențial normal și vizează, în principal, relațiile comerciale dintre întreprinderi.

În domeniul achizițiilor publice, autoritatea de concurență are atribuții, în principal, în detectarea înțelegerilor între întreprinderile care depun oferte în cadrul unei proceduri de achiziție, înțelegeri care se pot manifesta prin împărțirea piețelor sau prin fixarea prețului. Așadar, este vorba despre înțelegeri între ofertanți de a prezenta în cadrul unei proceduri de achiziție publică oferte care nu exprimă rezultatul liberei concurențe. De asemenea, în acord cu prevederile art. 167 alin (6) din Legea achizițiilor publice, ...emite puncte de vedere cu privire la indiciile identificate de autoritatea contractantă, care pot viza denaturarea concurenței prin încheierea unor acorduri de către operatorii economici ofertanți în cadrul procedurilor de atribuire.

Referitor la participarea întreprinderii la procedurile de achiziție publică indicate de dumneavoastră în adresa mai sus-menționată, din economia art. 167 din Legea achizițiilor publice, reiese că operatorii economici pot fi excluși de la participarea la o procedură de achiziție publică numai pentru motivele limitativ enumerate în cadrul alin. (1) al aceluiași articol.

Prin Decizia nr., s-a constatat încălcarea de către întreprinderea a art. 5 alin. (1) lit. c) din legea concurenței, precum și a art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (denumit în continuare, TFUE), prin realizarea unei înțelegeri și/sau practici concertate unice și continue de împărțire a pieței, în contextul participării la proceduri de achiziție publică și/sau privată de indicatoare rutiere și/sau de lucrări de marcaje rutiere. În temeiul art. 55 alin. (1) lit. a) din legea concurenței, întreprinderea a fost sancționată cu amendă

contravențională în valoare de 725.267.42 lei, sumă ce a fost achitată integral.

Precizăm că, prin decizia emisă, nu a fost impusă nicio măsură de interdicție de a participa la proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică.

De asemenea, întreprinderea este parte în investigația declanșată prin Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 995/06.10.2020, având ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din legea concurenței și ale art. 101 alin. (1) din TFUE de către unele întreprinderi, pe piața comercializării și execuției mijloacelor de semnalizare rutieră din România.

În speță, încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor reprezintă o abatere profesională gravă ce pune în discuție integritatea întreprinderii În același timp, conform prevederilor art. 171 alin. (1) din legea achizițiilor publice, întreprinderile aflate în această situație de excludere pot fi acceptate în procedurile de achiziție publică în condițiile în care acestea pot furniza autorității contractante dovezi prin care să demonstreze luarea de măsuri suficiente pentru demonstrarea concretă a credibilității. Pentru clarificări referitoare la modul în care întreprinderile participante la proceduri de achiziție publică își pot demonstra credibilitatea, vă recomandăm consultarea opiniei comune emise de către și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, cuprinzând îndrumări adresate autorităților contractante.

Reiterăm faptul că evaluarea dovezilor prezentate de un ofertant sancționat printr-o decizie a unei autorități de concurență, în vederea demonstrării credibilității sale în sensul prevederilor art. 171 din legea achizițiilor publice, cade în sarcina autorității contractante care poate stabili dacă acestea sunt suficiente pentru a nu exclude întreprinderea din procedura de achiziție publică, ținând cont, totodată, de condițiile existente pe piață.

Referitor la aplicabilitatea art. 171 alin. (5) lit. b) din legea achizițiilor publice, în contextul participării întreprinderii la procedurile de achiziție publică indicate de dumneavoastră, precizăm faptul că atunci când un operator economic a adoptat un comportament care intră sub incidența situației de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) din legea achizițiilor publice, evenimentul relevant este considerat data deciziei autorității de concurență."

Referitor la adresa nr. către Primăria .., cu adresa nr., ... a adresat următoarea solicitare:

«Cu privire la adresa menționată mai sus și având în vedere participarea la procedurile de achiziții publicate în S1CAP cu nr., ... și, vă rugăm să clarificați dacă, în opinia autorității de concurență, o societate care se află într-o nouă investigație, pentru fapte anterioare emiterii unei decizii de sancționare, poate fi exclusă dintr-o procedură de achiziție publică fără a fi necesară dovedirea în concret de

către autoritatea contractantă a îndeplinirii condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) litera c), coroborat cu alin. (3) din Legea achizițiilor publice nr. 98/2016.

Sensul întrebării noastre are în vedere o situație în care o autoritate contractantă constată existența unei fapte anticoncurențiale, anterior emiterii unei decizii de către, în măsura în care, în opinia noastră, sintagma "decizie a....unei autorități administrative" din art. 167, alin.(1), litera c) al Legii achizițiilor publice nr.98/2016 se referă doar la Consiliul Concurenței, ca unică autoritate administrativă care poate constata existența unei fapte anticoncurențiale.

În acest moment, autoritatea contractantă invocă faptul că simpla existență a unei noi investigații este suficientă pentru a decide excluderea noastră din aceste proceduri, drept pentru care un răspuns cât mai urgent din partea dumneavoastră ar fi oportun".

La adresa amintită s-a revenit cu adresa nr., depusă de contestatoare la dosarul cauzei, atașat notelor scrise din data de

.....a răspuns cu adresa nr., în care a arătat următoarele:

" Având în vedere adresele dumneavoastră prin care solicitați clarificări referitoare la participarea la proceduri de achiziție publică în contextul existentei unei investigații în derulare la care întreprinderea este parte implicată, vă comunicăm următoarele:

.....are atribuții în depistarea și sancționarea înțelegerilor încheiate între întreprinderi, deciziilor asociațiilor de întreprinderi și practicilor concertate, care au ca obiect sau ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia.

De asemenea, în domeniul achizițiilor publice, autoritatea de concurență are, în principal, atribuții în depistarea înțelegerilor între întreprinderile care depun oferte în cadrul unei proceduri de achiziție, înțelegeri care se pot manifesta prin împărțirea piețelor sau prin fixarea prețului, așa cum este menționat în Ghidul privind detectarea și descurajarea practicilor anticoncurențiale în cadrul procedurilor de achiziție publică. Așadar, este vorba despre înțelegeri între ofertanți de a prezenta, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, oferte care nu exprimă rezultatul liberei concurențe. În situația în care există suficient temei de fapt și de drept cu privire la participarea ofertanților la o procedură de achiziție publică, în mod concertat, cu oferte care nu exprimă rezultatul liberei concurențe, ...dispune efectuarea unei investigații. Constatarea încălcării prevederilor art. 5 din Legea concurenței se realizează prin decizie a Plenului Consiliului Concurenței.

Conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare (denumită, în continuare. Legea achizițiilor publice), abaterea profesională gravă ce duce la excluderea unui operator economic din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică trebuie

demonstrată printr-un mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

Enumerarea conținută în textul de lege este limitativă, nefiind admise alte mijloace de probă a săvârșirii unei abateri disciplinare grave de către operatorul economic. În sensul art. 167 alin. (3) din legea achizițiilor publice, 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, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.

În speță, prin Ordinul nr. 995/06.10.2020, Președintele Consiliului Concurenței a dispus declanșarea, din oficiu, a unei investigații având ca obiect posibila încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene de către întreprinderile, ..., ..., ..., ..., ... și, pe piața comercializării și execuției mijloacelor de semnalizare rutieră din România.

Prin Ordinul nr., ... a dispus declanșarea unei investigații având ca obiect posibila încălcare a dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței și a art. 101 alin. (1) din TFUE de către, ..., ..., ..., ..., ... și, pe piața comercializării și execuției mijloacelor de semnalizare rutieră din România.

Întrucât există o strânsă legătură de părți, obiect și cauză, prin Ordinul nr. ..., ... a dispus conexarea investigației declanșate prin Ordinul nr. la investigația declanșată prin Ordinul nr.

Investigația rezultată din conexare este în derulare, nefiind emisă nicio decizie de către Plenul Consiliului Concurenței la data transmiterii prezentei adrese. Facem precizarea că declanșarea unei investigații nu echivalează cu o antepunțare din partea autorității de concurență, existența unei fapte anticoncurențiale fiind constatată exclusiv prin emiterea unei decizii de către"

Cu luarea în considerare a celor de mai sus, se poate constata că problema care trebuie dezlegată privește aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 171 din același act normativ, în contextul în care oferta asocierii - ... (denumită în continuare asocierea) a fost respinsă, deoarece comisia de evaluare a apreciat că dovezile prezentate de întreprinderea, respectiv măsurile procedurale adoptate, inclusiv clementa de care a beneficiat la aplicarea sancțiunii, conform Deciziei nr., precum și plata amenzii, nu sunt suficiente pentru a demonstra credibilitatea sa, respectiv reabilitarea sa prin raportare la sancțiunea aplicată prin decizia mai sus menționată, atâta vreme cât, în prezent, se afla în derulare investigații ale aceluiași organism, determinate de faptul că privitor la comportamentul (și al altor

societăți) există indicii potrivit cărora acestea nu s-au concurat la proceduri de achiziție publică, organizate începând cu anul 2017, ceea ce ar putea sugera o posibilă intenție de împărțire a contractelor.

Prevederile amintite stabilesc următoarele:

- art. 167 alin. (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;

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

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

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

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (31) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta

transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

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

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

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

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

În determinarea situației de fapt, se are în vedere că, prin Decizia nr., ...a sancționat cu amendă în cuantum de lei, pentru încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și a art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Din cuprinsul deciziei rezultă că săvârșirea faptei a avut loc în perioada 2010-2017. De asemenea, rezultă cooperarea în mod real și continuu a pe parcursul derulării procedurii, societatea depunând și o cerere de clemență în data de, fiind prima întreprindere care a formulat o cerere de clemență în cazul investigat. Informațiile și documentele furnizate de prin cerere au reprezentat o contribuție suplimentară semnificativă (...).

În privința posibilității de aplicare a prevederilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, se reține că, în adresa Consiliului Concurenței din data de, s-a explicat că evenimentul relevant îl constituie data deciziei autorității de concurență, fiind invocată în acest sens Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza C-124/17, pct. 42 (Rezultă că trebuie să se răspundă la a treia și la a patra întrebare că articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective).

Astfel fiind, decizia Consiliului Concurenței fiind din, dispozițiile art. 171 alin. (5) din lege nu erau aplicabile, astfel că cele invocate de autoritatea contractantă vizavi de includerea de către însăși contestatoare, în DUAЕ, a faptei în referință nu puteau fi reținute ca aspecte în susținerea deciziei de respingere a ofertei.

În consecință, suntem în situația prevăzută de dispozițiile art. 171 alin. (1) – (32) din Legea nr. 98/2016, respectiv de apreciere a măsurilor luate de pentru demonstrarea credibilității sale, apreciate de autoritatea contractantă ca fiind insuficiente.

Ca prim aspect, se reține că, în luarea deciziei sale de respingere a ofertei asocierii, achizitoarea a avut în vedere că, deși a plătit amenda și a beneficiat de clemență la aplicarea sancțiunii, acestea nu pot fi considerate suficiente, dat fiind că, în prezent, sunt în derulare investigații ale aceluiași organism, determinate de comportamentul societății și al altor societăți care sugerează o posibilă intenție de împărțire a contractelor.

Se observă, așadar, că măsurile prezentate de ofertantă pentru dovedirea credibilității sale nu au mai avut nicio relevanță pentru achizitoare și nu au mai fost analizate, apreciată a fi relevantă existența unor noi investigații de către Consiliul Concurenței.

Or, sub acest aspect, este important de menționat că, în finalul adresei Consiliului Concurenței nr., depusă la dosarul cauzei de contestatoare, organismul emitent a precizat că *noua investigație declanșată este în derulare, nefiind emisă nicio decizie de către Plenul Consiliului Concurenței la data transmiterii adresei*. S-a adăugat, că declanșarea unei investigații, nu echivalează cu o antepronunțare din partea autorității de concurență, existența unei fapte anticoncurențiale fiind constatată exclusiv prin emiterea unei decizii de către Consiliul Concurenței.

Prin urmare, în luarea deciziei sale, ... a avut în vedere o investigație aflată în derulare, care nu este finalizată, pe motiv că se derulează o noua investigație privind comportamentul SC și a altei companii cu privire la care exista indicii potrivit cărora nu s-au concurat la proceduri de achiziție publică, organizate începând cu anul 2017, ceea ce ar putea sugera o posibilă intenție de împărțire a contractelor.

O astfel de apreciere a organizatoarei procedurii nu poate fi considerată conformă prevederilor legale mai sus amintite, dat fiind că o declanșare a unei investigații nu poate constitui un motiv de neluare în considerare a unor măsuri prezentate de contestatoare pentru dovedirea credibilității sale.

În adresa nr. transmisă contestatoarei de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, se arată, între altele: «în conformitate cu art. 167 alin. (1) litt. c) din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție

publică/acordului-cadru orice operator economic care [...] 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".(...)Prin urmare, având în vedere cele menționate anterior, în situația în care nu există o decizie emisă de autoritatea de concurență/instanță sau orice alt document care să constate încălcarea cu intenție sau din culpă gravă a regulilor de concurență și care ar putea constitui, pentru autoritatea contractantă, un mijloc de probă adecvat în vederea excluderii respectivului operator economic în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, apreciem că nu devin incidente prevederile articolului antementionat."

Din economia textului de lege sus-citat, reiese ca obligația de a exclude un operator economic dintr-o procedură de atribuire pe motiv că respectivul a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea este condiționată de demonstrarea, de către autoritatea contractantă a acestui fapt, printr-un mijloc de probă adecvat, respectiv o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative în acest sens. Or, în speță, autoritatea contractantă a exclus din procedură un operator economic, deși există o investigație a Consiliului Concurenței în derulare, nefiind emisă nicio decizie de către Plenul Consiliului Concurenței la data evaluării ofertei acestuia.

Nici din procesul-verbal nr. privind evaluarea răspunsurilor la solicitările de clarificări a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare și nici din punctul de vedere, nu rezultă care au fost motivele concrete pentru care documentele depuse de ofertantă pentru dovedirea credibilității sale nu au fost considerate suficiente (plan de instruire și formare profesională a personalului pe anul 2021, procedura de sistem pe competență și conștientizare, manual de asigurare a respectării dreptului concurenței, regulament intern al, la care se face referire în comunicarea privind rezultatul procedurii).

Într-adevăr, cum s-a arătat în repetate rânduri, atât în decizii ale instanțelor de judecată, cât și în adresele depuse în prezenta cauză, emise de și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, aprecierea mijloacelor de probă adecvate pentru respingerea ofertei și evaluarea măsurilor luate de operatorii economici pentru dovedirea credibilității lor, cad în sarcina autorității contractante, însă, pentru situația de față, motivul invocat de achizitoare nu poate determina luarea măsurii de respingere, referindu-se doar la declanșarea unei investigații de către Consiliul Concurenței, fără a exista o sancțiune a unei autorități competente.

Totodată, se reține că societății nu i-a fost interzisă participarea la proceduri de atribuire.

Astfel fiind, se constată că motivul de respingere a fost eronat reținut, autoritatea contractantă urmând a reevalua oferta asocierii contestatoare.

În privința plângerii penale formulate de împotriva funcționarilor publici, angajați ai ..., membrii ai comisiei de evaluare, pe motiv că a fost depusă adresa Consiliului Concurenței nr., cu excluderea primului alineat din pagina a treia, a cărei soluționare nu cade în sarcina Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, este de reținut că, în soluționarea contestației, Consiliul nu s-a limitat la analiza adresei la care se face referire că ar fi fost depusă incomplet, aspectul legat de existența unei investigații în desfășurare, nefinalizată, fiind relevantă și în alte adrese ale Consiliului Concurenței.

Fiind constatată excluderea nelegală a asocierii, Consiliul va anula această decizie a autorității contractante și, în consecință, decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și alin. (5) 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 formulată de asocieria -, prin liderul asocierii, în contradictoriu cu, și să anuleze raportul procedurii de atribuire nr. ... din, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii amintite, decizia de anulare a procedurii și comunicarea privind rezultatul procedurii transmisă asocierii, precum și oricare alte acte subsecvente. Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii - și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de maxim 20 de zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor consemnate în considerente, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

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

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de asocieria -, prin liderul asocierii, în contradictoriu cu, și anulează raportul procedurii de atribuire nr. din, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii amintite, decizia de anulare a procedurii și comunicarea privind rezultatul procedurii transmisă asocierii, precum și oricare alte acte subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii - și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de maxim 20 de zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor consemnate în considerente, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

....