

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 nr. 1115/12.05.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de, în calitate de membru al asocierii(lider) –(asociat 2) - (asociat 3) cu(terț și subcontractant), cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin administrator special, dl. și prin administrator judiciar,, persoană juridică română, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Societăților Profesionale al ... sub nr., cod fiscal, reprezentată, la rândul său, prin dl., reprezentată convențional prin avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în, împotriva raportului procedurii nr. 8426/28.03.2023 și a adresei nr. 12550/05.05.2023 de comunicare a rezultatului procedurii – Lot 3, adresei nr. 12551/05.05.2023 de comunicare a rezultatului procedurii - Lot 4, a adresei nr. 12552/05.05.2023 de comunicare a rezultatului procedurii - Lot 5 și a adresei nr. 12556/05.05.2023 de comunicare a rezultatului procedurii - Lot 6, emise de către(„.....”), cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru de lucrări având ca obiect *PROIECTARE ȘI EXECUȚIE RUTIERĂ ORIZONTALĂ ȘI VERTICALĂ PE STRĂZI AFLATE ÎN MUNICIPIUL*, **Loturile nr. 3, 4, 5 și 6**, s-au solicitat:

- anularea adreselor de comunicare a rezultatului procedurii antecitate, a raportului procedurii nr. 8426/28.03.2023, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc

modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către asocieria contestatoare;

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei reclamantei și excluderea ofertelor depuse de către asocieria- și

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei.

....., cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO....., reprezentată legal prin – administrator și convențional prin avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în, a formulat cererea de intervenție accesorie nr. 108/25.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr., prin care a solicitat:

- în principal, pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea 101/2016, respingerea contestației, ca tardiv formulată și, pe cale de consecință, în temeiul aceluiași articol, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale;

- în subsidiar, pe fondul cauzei, în temeiul articolului antecitat, respingerea contestației, ca neîntemeiată și, pe cale de consecință, în temeiul aceluiași articol, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

....., în calitate de lider al asocierii- (asociat) – (subcontractant), cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – administrator și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în, a formulat cerere de intervenție voluntară nr. 1030/25.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr., prin care a solicitat respingerea contestației formulate de, în principal pe cale de excepție și, în subsidiar, ca nefondată, cu consecința menținerii deciziilor autorității contractante prin care această ofertă a fost declarată inadmisibilă.

Contestația și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1), art. 123 alin. (1) C. Proc. Civ. și art. 17 din Legea nr. 101/2016.

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 critică rezultatul procedurii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea aduce argumente în susținerea caracterului nelegal și netemeinic al deciziei de excludere a ofertei sale din procedura în cauză, sub pretextul *eronat reținut* al încadrării acesteia în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care:

- Documentele constatatoare intermediare nu confirmă îndeplinirea condițiilor impuse de lege pentru incidența măsurii de excludere a din procedură, dimpotrivă, documentul constatator intermediar nr. 1 certifică îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale de către reclamantă, fiind, așadar, dincolo de orice dubiu, completat corect DUAЕ depus în procedură;

- Documentul constatator final vizează conduita altui operator economic față de care nu poate fi sancționat cu excluderea din procedură, dimpotrivă, documentele și informațiile aflate la dispoziția achizitoarei demonstau dincolo de orice dubiu corecta completare a DUAЕ depus de către, în contextul în care abaterile reținute în documentul constatator final nu îi pot fi imputate, neaflându-se în responsabilitatea acesteia.

Totodată, autoarea contestației aduce argumente în susținerea faptului că, în mod nelegal și netemeinic, prin actele atacate, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare ofertele depuse de către asocieria și, respectiv, deși:

-, și(subcontractorul declarat al amândurora) au săvârșit o abatere profesională gravă pe care o cunoaște, fiind chiar autoritatea contractantă organizatoare a procedurii de atribuire în cadrul căreia măsura sancționatorie a fost dispusă;

-, șinu au indicat în DUAЕ abaterea profesională gravă și nici nu au clarificat situația intervenită anterior atribuirii contractelor de achiziție publică.

Preliminar, reclamanta precizează că nicio motivare clară, completă și corespunzătoare a raționamentului pentru care autoritatea contractantă a dispus măsura respingerii ofertei sale nu se poate desprinde din mențiunile raportului procedurii, publicat în SEAP în data de 28.03.2023, context în care a formulat cerere de studiu a dosarului achiziției publice, cerere refuzată de către urmare a faptului că procedura de atribuire s-ar afla, la acel moment, sub controlul ex-ante exercitat de ANAP.

Prin urmare, contestatoarea atrage atenția asupra faptului că, deși publicat (în mod greșit) în SEAP, la acel moment, raportul procedurii nu putea fi contestat în contextul în care i) nu era emis un aviz al ANAP privind concluziile incluse în raportul procedurii, ii) nu erau emise (și) comunicările rezultatului procedurii și iii) termenul de contestare începe să curgă de la data comunicării motivelor pertinente ale deciziei atacate, iar nu de la data primirii acestei decizii, astfel cum jurisprudența CJUE confirmă.

..... subliniază și faptul că a publicat în SEAP în data de 05.05.2023 comunicările privind rezultatul procedurii, astfel fiindu-i aduse la cunoștință pentru prima dată reclamantei motivele pentru care oferta sa a fost respinsă.

Din punctul de vedere al contestatoarei, în evaluarea ofertei sale, a ignorat cu desăvârșire faptul că documentul constatatator intermediar nr. 1 confirmă îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor principale de către, iar întârzierile și penalitățile constatate de către nu au fost imputate operatorului economic, disputele contractuale nefiind soluționate în mod definitiv, însuși conținutul respectivului document conducând, așadar, la concluzia că premisele impuse de art. 167 alin. (1) lit. g) nu sunt absolut deloc îndeplinite.

Raportat la documentul constatatator nr. 2, reclamanta prezintă aspecte vizând faptul că respectivul document a fost comunicat ulterior depunerii ofertelor în prezenta procedură, acesta neputând fi, așadar, menționat în DUAE deus de către

Adaugă că, oricum, prin documentul constatatator nr. 2, a indicat anumite întârzieri în raport de programul de execuție, nicidecum nerespectarea unei obligații contractuale principale, iar aceste constatări împreună cu penalitățile de întârziere formează obiectul unor dispute dintre părțile contractuale, nefiind, așadar, imputabile vreunei părți contractuale.

Atât data emiterii documentului constatatator intermediar nr. 2 cât și natura temporară și nedefinitivă a constatărilor din conținutul acestor documente, care nu sunt apte să reflecte o nerespectare a obligațiilor contractuale (deci, cu atât mai puțin, una gravă și repetată), demersurile de contestare judiciară a acestor documente fiind, de altfel, în curs, se opun, în opinia reclamantei, încadrării situației operatorului economic în reglementarea art. 167 alin. (1) lit. g), h) și/sau i) din Legea nr. 98/2016.

Autoarea contestației notează că natura juridică a documentelor constataatoare intermediare confirmă faptul că mențiunile din cuprinsul acestora au un caracter provizoriu și nedefinitiv, fiind *ușor modificabile pe parcursul derulării contractului*, context în care nu se poate aprecia conduita unui operator economic exclusiv prin raportare la aceste acte administrative.

Cu alte cuvinte, arată reclamanta, documentele constatatoare intermediare nu pot cuprinde informații apte să conducă la excluderea ofertantelor din procedura în cauză, ci exclusiv mențiuni privind stadiul contractului, informații aferente, oricum, doar unei perioade limitate de 90 de zile, iar nu întregii durate contractuale.

De altfel, constatarea unor preținse întârzieri care pot fi recuperate pe parcursul execuției lucrărilor nu poate reprezenta, în opinia, o abatere suficient de gravă pentru a putea fi considerat aplicabil motivul de excludere reglementat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu atât mai mult cu cât constatările în discuție fac obiectul unor dispute litigioase aflate în curs de soluționare.

Autoarea contestației prezintă o serie de aspecte în susținerea faptului că nu sunt îndeplinite condițiile impuse pentru constatarea incidenței motivului de excludere reglementat de articolul antecitat, din conținutul celor două documente analizate de către neputându-se reține un caracter repetat al neîndeplinirii obligațiilor principale din cadrul contractului de lucrări, în contextul în care se confirmă îndeplinirea corespunzătoare a acestora, iar singurele preținse abateri nu se raportează la clauzele contractuale agreeate de către părți.

Consemnarea stadiului contractului de lucrări în perioada de referință pentru care au fost emise documentele constatatoare intermediare a fost, din punctul de vedere al reclamantei ilegal și netemeinic apreciată de către ca fiind motiv de excludere a, întocmai pentru că nu este redată o conduită completă, corectă și precisă a contractantului și/sau o abatere de o gravitate comparabilă cu exemplele oferite în cadrul dispozițiilor art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, contestatoarea notează că întârzierile consemnate în conținutul documentelor constatatoare au un *caracter provizoriu și vremelnic*, neputând fundamenta măsura de excludere a ofertantei din procedura în cauză, în contextul în care perioada de execuție a lucrărilor nu a fost depășită, iar penalitățile de întârziere consemnate în cuprinsul respectivelor documente nu au caracterul unor creanțe exigibile, acestea fiind contestate.

Reclamanta apreciază că excluderea este exclusiv rezultatul unei lipse de diligență în evaluarea informațiilor furnizate, a unei interpretări trunchiate și oportuniste a informațiilor și documentelor aflate la dispoziția sa, precum și a nerespectării principiilor fundamentale ale achizițiilor publice, respectiv principiul proporționalității, asumării răspunderii, tratamentului egal și al transparenței.

..... critică faptul că autoritatea contractantă nu a adresat nicio întrebare privind incidența motivului de excludere reglementat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 și, implicit, nu a acordat posibilitatea ofertantei de a explica motivele pentru care

documentele constatatoare intermediare nu au fost indicate în cuprinsul DUAЕ, încălcând principiul proporționalității prin dispunerea celei mai drastice măsuri sancționatorii.

De asemenea, reclamanta atrage atenția asupra faptului că nici motivul de excludere reglementat de pct. i) al art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 nu poate fi reținut, ținând cont că incidența motivului de excludere reglementat de pct. i) al articolului antecitat nu poate fi reținută în același timp în care se consideră (*pretins*) aplicabil și motivul reglementat de pct. h) al aceluiași articol de lege, în contextul în care acestea implică forme de vinovăție distincte în raport de aceeași faptă.

..... redă în continuare aspecte relevante privind neîncadrarea în motivele de excludere, greșit reținute, în opinia sa, de către autoritatea contractantă ca fiind aplicabile.

Astfel, reclamanta notează că, greșit se reține, prin adresele de comunicare a rezultatului procedurii, o „*derulare defectuoasă a contractelor în care (...) deține calitatea de asociat și implicit executant*” (subl. ns.), în contextul în care atât documentul constatator final, cât și răspunsul prinse raportează la un singur contract subsecvent, orice neclaritate ar fi avut în acest sens putând fi lămurită printr-o simplă solicitare de clarificare, pe care însă autoritatea contractantă nu a formulat-o, încălcând, așadar, în opinia, principiul proporționalității.

Mai mult, evidențiază faptul că nu a respectat principiul transparenței și al contradictorialității dat fiind că, pe de o parte, nu a citat răspunsul *in integrum*, inclusiv în partea referitoare la cel de al doilea contract față de care a fost interpelat, iar, pe de altă parte, nu a indicat și întrebările efectiv adresate.

Adaugă că, oricum, răspunsul prinvizează modalitatea de executare a contractului subsecvent în general, nicidecum conduita, singura relevantă pentru verificarea incidenței măsurilor de excludere.

Autoarea contestației prezintă aspecte în susținerea faptului că documentul constatator final prezintă o situație de fapt străină de conduita și responsabilitățile în executarea contractului subsecvent, pe care acest operator economic nici nu a putut și nici ar fi avut cum să le influențeze atât timp cât vizează respectarea obligațiilor contractuale asumate exclusiv de către un alt membru al asocierii.

Din punctul de vedere al reclamantei, interpretările ANAP confirmă faptul că documentul constatator trebuie să cuprindă informații privind conduita fiecărui contractant în parte, în conformitate cu acordul de asociere, așadar, în evaluarea incidenței unor motive de excludere, este elocventă și necesară analiza modului de împărțire a obligațiilor/responsabilităților dintre membrii asocierii (redată prin acordul de

asociere) astfel încât să se poată constata dacă ofertanta este sau nu culpabilă de încălcările imputate generic prin documentul constatator.

Cu alte cuvinte, evidențiază faptul că prioritar și exclusiv ar trebui să intereseze conduita efectivă a operatorului economic aflat în evaluare, iar nu numai situația generică a contractului în care, anterior, acesta a fost implicat.

În opinia contestatoarei, o astfel de analiză nu a fost, însă, întreprinsă de către, care a dispus excluderea din procedura de atribuire, urmare a simplei constatări a calității de membru al asocierii.

În susținerea celor de mai sus, reclamanta invocă Hotărârea CJUE din data de 26.01.2023 emisă în cauza C-682/21, care confirmă explicit faptul că nici măcar înscrierea pe o listă a furnizorilor nefiabili nu implică excluderea automată a unui operator economic dintr-o procedură de atribuire.

Totodată, subliniază faptul că, doar în raport de conduita operatorului economic participant la procedura de atribuire poate fi verificată incidența vreunui caz de excludere, obligația nu se „*extinde*” automat la faptele altor operatori economici doar pentru faptul că sunt parte în executarea contractului în baza căruia documentul constatator final a fost emis.

..... interpretează extensiv, în opinia contestatoarei, dispozițiile legale invocate, deși nu există niciun dubiu asupra conduitei corespunzătoare a în executarea contractului subsecvent.

În acest context, precizează că, având în vedere faptul că nu sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, nu poate subzista nici pretinsa aplicabilitate a motivelor de excludere reglementate de pct. h) sau i) ale aceleiași dispoziții legale.

De asemenea, notează că a transmis informații *corecte, sincere, precise în cadrul DUAЕ*, situație față de care nu sunt și nu pot fi incidente cazurile de excludere reglementate de pct. i) și h) ale art. 167 din Legea nr. 98/2016.

În continuare, reclamanta aduce argumente în susținerea faptului că și(subcontractorul declarat al amândurora) se încadrează în cazurile de excludere reglementate de art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016, întrucât au comis abateri profesionale grave pe care, în mod voluntar nu le-au indicat, potrivit obligațiilor legale, în cuprinsul DUAЕ, autoritatea contractantă fiind pe deplin conștientă și informată cu privire la conduita acestor operatori, alegând să ignore situația.

Astfel, arată contestatoarea,, și au încheiat un acord pentru denaturarea concurenței în legătură cu o procedură de atribuire organizată anterior chiar de către, acest demers nelegal al celor trei operatori economici fiind anterior sancționat chiar de către, prin

raportul procedurii nr. 19211/28.04.2021, încălcarea regulilor de concurență prin practici care vizează trucarea licitației organizate de către reprezentând o abatere profesională gravă, care ar fi trebuit sancționată de către autoritatea contractantă.

..... adaugă că, prin raportul antecitat, achizitoarea a respins ofertele prezentate de către Asocieria - și Asocieria - - ca neconforme, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, dat fiind faptul că acestea prezentau indicii de înțelegeri anticoncurențiale, iar respectivul raport, nefiind contestat de nicio parte interesată, a rămas definitiv.

Reclamanta constată că, la data desemnării câștigătoare a ofertelor asocierii și, avea la dispoziția sa toate informațiile și documentele necesare pentru a constata incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) pct. c) din Legea nr. 98/2016, însă nu a procedat astfel, situație față de care se impune anularea actelor atacate și excluderea celor două asocieri.

Mai mult, contestatoarea apreciază că, și se fac vinovate de declarații false în conținutul informațiilor transmise în scopul verificării absenței motivelor de excludere, devenind, astfel, incidentă sancțiunea impusă de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Dincolo de orice dubiu, semnalează reclamanta, la data depunerii ofertei (03.10.2022),, și au cunoscut atât conținutul raportului procedurii (emis încă din data de 28.04.2021), cât și confirmarea privind încheierea acordurilor pentru denaturarea concurenței de către cei 3 operatori economici și, totodată, fapta efectiv săvârșită, neexistând niciun motiv pentru care cele trei societăți să nu fie sancționate pentru omisiunea prezentării abaterii grave profesionale în cuprinsul DUAЕ.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și toate dispozițiile legale la care reclamanta a făcut referire în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 14321/19.05.2023, înregistrat la Consiliu cu nr.,, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației depusă de, ca nefondată, și, pe cale de consecință, menținerea actelor întocmite de comisia de evaluare în cadrul procedurii, ca fiind temeinice și legale, pentru considerentele expuse în cele ce urmează.

..... precizează totodată faptul că solicitarea contestatoarei vizând obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității procedurii, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei asocierii și excluderea ofertelor depuse

de către asocierea și este, pe cale de excepție, lipsită de interes și, pe fond, neîntemeiată.

Împotriva criticilor privind decizia de excludere din procedură a, aduce următoarele argumente:

Referitor la documentul constatator nr. 51068/27.06.2022, emis de, pentru Asocierea(.....) -, aceasta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări nr. 92/27754/19.04.2019, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, achizitoarea subliniază că reclamanta a recunoscut existența unui certificat constatator negativ, nedeclarat în DUAЕ.

Astfel, autoritatea contractantă a constatat faptul că a completat eronat DUAЕ, *omitând* să comunice situațiile în care un contract de achiziții publice a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni în respectivul contract.

Din lecturarea documentului constatator antecitat, la rubrica *Întârzieri/deficiențe în derularea Contractului constatate în prezent/în perioada de referință de 90 zile* este completat DA, iar la rubrica *Daune cauzate Beneficiarului până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile / Penalități emise de Beneficiar până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile / Prejudicii aduse Beneficiarului până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile* este completat DA, și se menționează daune/penalități/prejudicii în valoare totală de 2.543.500,00 lei.

Din punctul de vedere al achizitoarei, este evident că, prin modul în care a completat DUAЕ, ofertanta a dorit vicierea rezultatului procedurii pornind de la premisa că autoritatea contractantă nu va proceda la o verificare a celor declarate în DUAЕ, prin evitarea aplicării sancțiunii excluderii din procedură de către comisia de evaluare.

Totodată, adaugă, pe parcursul derulării contractului de lucrări nr. 92/27754/19.04.2019, a emis pentru Asocierea(.....) -, document constatator nr. 2, înregistrat sub numărul 92/81203/03.10.2023, din lecturarea căruia se remarcă faptul că la rubrica *„În perioada de referință de 90 zile, contractantul și-a îndeplinit obligațiile contractuale principale”* este completat NU, iar la rubrica *„Daune cauzate Beneficiarului până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile / Penalități emise de Beneficiar până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile / Prejudicii aduse Beneficiarului până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile”* este completat DA, rezultând întârzieri în execuția lucrărilor de 21,83% față de programul de execuție aprobat și penalități în valoare de 1.050.000,00 lei.

Din cele ilustrate mai sus, consideră că în mod temeinic și legal a apreciat că operatorul economic și-a încălcat în mod

repetat obligațiile ce-i reveneau prin contractul de lucrări nr. 92/27754/19.04.2019, iar aceste încălcări au dus la plata de daune-interese.

În opinia autorității contractante, nu pot fi avute în vedere susținerile contestatoarei, cu trimiteri la *preluări trunchiate și incomplete* din documentul constatator nr. 51068/27.06.2022, în încercarea nereușită de a dovedi că acest document confirmă îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor principale asumate de către, câtă vreme, în cuprinsul respectivului document sunt reținute, în sarcina reclamantei, întârzieri în execuția contractului de achiziție publică, fiindu-i, totodată, imputate daune *considerabile* în valoare de 2.543.500 lei.

În același sens, din punctul de vedere al, reiese cu evidență că și documentul constatator nr. 81203/03.10.2023 atestă neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor de către reclamantă (constând în întârzieri suplimentare înregistrate în execuția lucrărilor asumate).

Ori, semnalează, emiterea de către o autoritate contractantă a unor documente constatatoare succesive în cuprinsul cărora se reține executarea cu întârziere a obligațiilor contractuale de către un operator economic confirmă tocmai încălcarea repetată a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul contractului.

O dovadă suplimentară a neîndeplinirii corespunzătoare a obligațiilor contractuale în cadrul contractului de lucrări nr. 92/27754/19.04.2019 este, în opinia achizitoarei, tocmai faptul că însăși contestatoarea recunoaște caracterul negativ al documentelor constatatoare prin faptul că a înțeles să le conteste, înregistrând o serie de acțiuni pe rolul instanțelor de judecată, care fac obiectul dosarelor nr. și nr., aflate pe rolul Tribunalului, respectiv dosarului nr., aflat pe rolul Curții de Apel

Însă, completează autoritatea contractantă, *ceea ce a omis, în mod voit*, să menționeze reclamanta este tocmai faptul că toate aceste acțiuni ale societății sale au fost respinse, instanța de judecată confirmând, practic, abaterile profesionale săvârșite de în cadrul contractului de lucrări nr. 92/27754/19.04.2019.

Deși hotărârile pronunțate în dosarele susmenționate nu sunt definitive, fiind supuse apelului, potrivit art. 430 alin. (4) Cod proc. civ., în opinia, aceste hotărâri au autoritate de lucru judecat provizorie, astfel că, în mod corect, a apreciat comisia de evaluare că reclamanta se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Față de afirmațiile contestatoarei că documentele constatatoare au o natură intermediară, nefiind finale, autoritatea contractantă se apără notând că, pe de o parte, dispozițiile legale referitoare la încălcări repetate ale obligațiilor contractuale nu limitează dovedirea acestora la documente constatatoare finale, iar, pe de altă parte, tocmai faptul că

acțiunile reclamantei de anulare a acestor documente constatatoare au fost respinse de instanțele judecătorești relevă un caracter neîndoielnic asupra aspectelor reținute în cuprinsul lor, respectiv a executării necorespunzătoare, cu întârziere, a obligațiilor contractuale asumate deprintr-un contract de achiziție publică.

Cât privește *pretinsa necunoaștere* de către reclamantă a existenței documentului constatator nr. 81203/03.10.2023 la data depunerii ofertei în cadrul procedurii în cauză, achizitoarea arată că aceasta nu poate reprezenta nici măcar o circumstanță atenuantă a comportamentului, atâta vreme cât, în mod premeditat, nu a declarat nici existența documentului constatator nr. 51068/27.06.2022, care a fost emis anterior datei limită de depunere a ofertelor.

În continuare, autoritatea contractantă aduce contraargumente criticilor reclamantei vizând excludereadin procedură.

Astfel, notează că este justificată aprecierea comisiei de evaluare că documentul constatator emis de vizează și- executant asociat, fiind evident că, de neregulile consemnate în acest act se face responsabil în solidar, prin calitatea sa de asociat, în cadrul asocierii

-.....
Mai mult, achizitoarea subliniază că, prin adresa nr. 58062/22.12.2022, a solicitat informații cu privire la modul de derulare a acordului cadru având ca obiect „*Lucrări de marcaje rutiere prefabricate termoplastice la cald, covoare antiderapante și materiale plastice aplicate la cald (spray) pe rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale - Lot*”, iar prin adresa nr. 58063/22.12.2022 a solicitat informații..... - Serviciul cu privire la modul de derulare a acordului cadru.

.....- Serviciul a răspuns prin adresa nr. 215/04.01.2023, comunicând următoarele:

„*Asocierea SC -a înregistrat un număr de 43 de zile de întârziere în executarea contractului, fiind penalizată conform clauzelor contractuale, în plus față de aceasta au existat abateri grave prin întârzierea executării covoarelor antiderapante și marcajelor monocolor ale trecerilor de pietoni în dreptul unităților de învățământ conform art. 3.1.3 din caietul de sarcini, până la data de 05.09.2022, data începerii anului școlar, încălcând astfel dispozițiile OUG 195/12.12.2002, privind circulația pe drumurile publice, stipulate la art. 105 alin. (1) și art. 122 lit. b), stipulate și în Regulamentul din 04.10.2006 de aplicare a OUG 195/2002 la art. 2 alin. (2). În acest sens a notificat asocierea SC -prin adresa nr. 42868/31.08.2022. La data de 05.09.2022, data la care a început anul școlar, lucrările mai sus menționate erau finalizate în proporție de 28%.*

- Având în vedere cele menționate mai sus, a emis Documentul Constatator primar negativ nr. 1 din 07.11.2022, document constatator ce va fi publicat în SICAP în conformitate cu art. 166 alin. (5), din HG 395/2016 actualizat."

În acest context, precizează că a stabilit că oferta depusă de asocierea este inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, fiind depusă de o ofertantă care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă, coroborat cu prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016, întrucât oferta intră sub incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g), lit. h) și lit. i) din același act normativ.

Achizitoarea adaugă că singura decizie posibilă susținută de legislația în vigoare cu privire la răspunsul transmis, respectiv excluderea din procedură a asocierii, potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, este susținută și de către avizul nr., emis de verificatorii ex-ante din cadrul procedurii pentru controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei de evaluare referitoare la componența comisiei de evaluare și concluziile comisiei de evaluare privind îndeplinirea condițiilor de formă aferente depunerii ofertelor și a criteriilor de calificare de către ofertante (DUAЕ), conform listelor de verificare și procesului - verbal nr. 747/10.01.2023, postat în SEAP la data de 12.01.2023, astfel rezultând fără putere de tăgadă că decizia comisiei de evaluare este legală, justificată și temeinică și respectă în totalitate principiile care reglementează domeniul achizițiilor publice.

În combaterea criticilor formulate cu privire la necunoașterea motivelor de respingere a ofertei, a comunicat următoarele aspecte:

- Autoritatea contractantă a publicat raportul procedurii în secțiunea *Raportul procedurii final* pentru care a primit aviz conform necondiționat, în care era precizat faptul că documentul nu face obiectul verificării ex-ante, în urma căruia raportul a devenit vizibil pentru ofertantele înscrise în cadrul procedurii;

- Ulterior, achizitoarea a retras acest raport pentru a-l publica în secțiunea alte înscrieri ale comisiei de evaluare, în conformitate cu cerințele evaluatorilor ANAP, spre analiză și emiterea unui aviz;

- În urma publicării inițiale a raportului procedurii nr. 8426/28.03.2023, contestatoarea a solicitat acces la dosar, iar autoritatea contractantă a comunicat, prin adresa nr. 9168/03.04.2023, că procedura nu este finalizată, urmând a fi publicat raportul procedurii final și transmise comunicările. Din perspectiva legislației achizițiilor publice, raportul procedurii final și comunicările privind rezultatul procedurii reprezintă documentele care certifică finalizarea procedurii,

întocmirea dosarului achiziției publice și, implicit, posibilitatea ofertantelor interesate de a avea acces la dosarul achiziției publice;

- Ca urmare a transmiterii comunicărilor privind rezultatul procedurii, contestatoarea nu a solicitat acces la dosarul procedurii.

Având în vedere cele de mai sus, consideră că reclamanta fie admite tardivitatea contestației, dacă aceasta contestă raportul procedurii inițial, publicat în data de 28.03.2023, fie admite că a luat cunoștință de rezultatul procedurii la data transmiterii adresei de comunicare, respectiv 05.05.2023, ceea ce presupune că poate fi analizată contestația, nefiind tardivă, dar, în aceeași măsură, în mod logic, trebuie acceptat și faptul că argumentul privind îngrădirea accesului la dosarul procedurii este *nereal, tendențios și de natură a induce în eroare Consiliul și de a influența deciziile acestuia*.

În ceea ce privește criticile formulate cu privire la decizia de declarare a ofertelor depuse de către asocierea și ca inacceptabile, invocă, pe cale de excepție, lipsa de interes a în contestarea ofertei declarate câștigătoare în cadrul procedurii în cauză.

Acuzațiile aduse de contestatoare nu sunt, în opinia, de natură să înlăture caracterul inacceptabil al ofertei sale și să-i asigure accesul la încheierea contractului, astfel că, este evidentă lipsa de interes a reclamantei în a cere descalificarea altor oferte.

Achizitoarea adaugă că reclamanta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a actului autorității contractante de declarare a unor oferte admisibile, respectiv a unei oferte câștigătoare, astfel cum impun dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea 101/2016.

De asemenea, notează că, nici prin argumentarea probatorie a contestației, nici prin mijloacele de probă anexate acesteia, contestatoarea, contrar art. 249 Cod proc. civ., nu produce vreo dovadă a unui prejudiciu personal decurgând din rezultatul procedurii în cauză.

Pe fond, constată că, prin comisia de evaluare, a verificat în mod temeinic documentele de calificare depuse de asocierea și ofertanta, precum și toate condițiile formulate în DUAЕ, așa cum rezultă din procesul de evaluare a documentelor de calificare nr. 747/10.01.2023, postat în SEAP la data de 12.01.2023, concluziile fiind de admitere a ofertelor respective, în condițiile îndeplinirii tuturor cerințelor de calificare.

În plus, notează că deciziile comisiei de evaluare pentru această etapă sunt corecte, legale și certificate prin avizul verificatorilor ex-ante.

Astfel, achizitoarea arată că au fost solicitate clarificări asocierii cu privire la completarea documentului DUAЕ prin care a declarat că a comis o abatere profesională gravă, iar documentele prezentate nu au fost suficiente

pentru a-și dovedi credibilitatea în fața autorității contractante, prin raportare la prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, precizează că a solicitat prezentarea măsurilor concrete adoptate la nivel organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, precum și măsurile concrete adoptate pentru implementarea obligatorie a unui audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

Adaugă că, prin răspunsul la clarificări, asocieria a prezentat documente doveditoare privind demonstrarea credibilității în fața autorității contractante, respectiv ordin de plată nr. emis de în suma de lei (reprezentând contravaloarea amenzii stabilită de cătreconform Deciziei nr.), menționând totodată că, prin decizia, nu a fost reținută producerea unor prejudicii și nici nu au fost formulate alte acțiuni în despăgubire.

De asemenea, precizează că asocieria a retransmis documentele depuse odată cu DUAE în susținerea dovedirii credibilității în fața autorității contractante și a prezentat dovada efectuării instruirii personalului în anul 2022 de către avocatul specializat în dreptul concurenței.

..... evidențiază faptul că asocieria menționează că îndeplinirea obligației de plată a amenzii decisă de, aplicarea la politica de clemență și de recunoaștere reprezintă cele 3 măsuri apreciate ca fiind dovezi suficiente pentru demonstrarea credibilității ofertantei, prin raportare la măsurile de excludere, așa cum reiese din Hotărârea Curții Europene - Cauza C124/17 pronunțată la data de 24 octombrie 2018, precum și din Opinia Comună emisă de ANAP sub. Nr. și respectiv, sub nr.

În urma evaluării răspunsului asocierii la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a considerat concludente și suficiente dovezile prezentate de aceasta pentru demonstrarea în concret a credibilității, prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 164 și art. 167 din Legea nr. 98/2016.

..... notează și că deciziile comisiei de evaluare privind evaluarea propunerilor tehnice și financiare au fost avizate legal de către verficatorii ex-ante desemnați de ANAP.

Prin cererea de intervenție nr. 108/25.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr., solicită cele menționate în partea introductivă, aducând argumente pentru combaterea criticilor din cuprinsul contestației formulată de, pentru loturile nr. 5 (în cadrul căruia intervenienta s-a clasat pe locul 2) și nr. 6 (în cadrul căruia intervenienta s-a clasat pe locul 1).

În motivarea solicitării de admitere a excepției tardivității contestației, intervenienta notează că raportul procedurii nr. 8426 din 28.03.2023, a fost publicat în SEAP în data de 28.03.2023, ofertantele având acces la informațiile din acesta încă din acel moment, autoritatea contractantă nu a revocat respectivul raport, nu a publicat un alt raport al procedurii, adresele de comunicare a rezultatului procedurii fiind emise în baza respectivului raport.

În opinia autoarei intervenției, nimic nu împiedica reclamanta să conteste raportul procedurii în forma publicată în SEAP, respectiv refuzul achizițoarei de a-i permite accesul la dosarul achiziției, controlul ex-ante exercitat de ANAP nefiind o procedură care să vizeze sau să influențeze procedura de remedii prevăzută de Legea nr. 101/2016.

În acest context, intervenienta conchide că, din cuprinsul raportului procedurii nr. 8426/28.03.2023 rezultă că ofertanta contestatoare a avut la dispoziție toate informațiile necesare pentru a formula o contestație completă - similară cu cea care face obiectul dosarului nr..... de pe rolul CNSC, respectivul raport nefiind unul intermediar astfel cum insinuează reclamanta, prin urmare controlul de legalitate trebuia declanșat în termen de 10 zile de la momentul luării la cunoștință de acest act (28.03.2023).

În susținere, intervenienta invocă jurisprudența CNSC și a instanțelor naționale în materie.

În continuare, prezintă aspecte referitoare la caracterul neîntemeiat al criticilor din cuprinsul contestației vizând motivele de excludere a ofertei

Astfel, arată intervenienta, circumstanțele care atrag incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, constau în încălcarea gravă a obligațiilor principale ce-i reveneau ofertantei în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la rezilierea unilaterală a contractului din partea autorității contractante sau la plata de daune-interese, aspecte consemnate atât în documentul constatator intermediar nr. 51068/27.06.2022 cât și în documentul constatator intermediar nr. 81203/03.10.2023 ce-l vizează pe asociatul

Contrar susținerilor contestatoarei, din documentele constatatoare emise de ce-l vizează pe, în opinia, rezultă în mod clar, pe de o parte, neîndeplinirea repetată a obligațiilor principale - mai exact executarea lucrărilor conform graficului de execuție asumat, precum și daune interese constând în penalități de întârziere, fiind întrunite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și reținute în mod temeinic atât neîndeplinirea repetată a obligațiilor principale precum și consecința gravă constând în plata de daune-interese.

Intervenienta apreciază ca fiind nefondată afirmația reclamantei potrivit căreia *«pretinsele întârzieri constatate de către se*

raportează la „Program execuție aprobat de către Inginer”, nicidecum la o clauză contractuală agreată de către părți;», programul de execuție aprobat de inginer fiind un „document” care apare în derularea contractelor FIDIC tocmai în ipoteza în care antreprenorul înregistrează întâzieri pe parcursul execuției, iar graficul de execuție convenit la momentul perfectării contractului nu mai poate fi respectat.

Totodată, consideră că nici faptul că documentele constatatoare emise de în ceea ce-o privește pe sunt intermediare și nu finale nu înlătură aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. 91) lit. g) din Legea nr. 98/2016, atâta timp cât dispozițiile legale nu disting între documentele constatatoare „intermediare” și cele „finale”.

Mai mult, intervenienta evidențiază faptul că neexecutarea obligațiilor contractuale la termen respectiv plata daunelor-interese poate fi constatată și reținută și pe parcursul executării contractului, nefiind obligatorie îndeplinirea condiției privind finalizarea, ajungerea la termen sau a rezilierii contractului.

Invocând dispozițiile art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016, autoarea intervenției arată că documentele constatatoare reprezintă veritabile acte administrative, astfel cum sunt definite la art. 2 alin.(1) lit.c) din Legea nr. 554/2004.

Astfel fiind, adaugă că orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate și produce efecte juridice de la momentul comunicării beneficiarului, potrivit prevederilor art. 528 alin. (3) din Codul Administrativ, iar existența unui litigiu între emitent și beneficiarul actului administrativ nu este susceptibil să suspende sau să înlăture efectele pe care le produce.

De asemenea, învederează intervenienta, contestarea în instanță a celor reținute și în cadrul documentului constatator, contrar susținerilor contestatoarei nu reprezintă o dovadă care să demonstreze credibilitatea acesteia, nefiind enumerată în cuprinsul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Raportat la asociatul, notează că, în cadrul contractului perfectat cu, calitatea de debitor al obligației de executare a lucrărilor o are executantul, respectiv asocierea formată din și, din punct de vedere juridic acordul de asociere întrunind toate condițiile necesare asocierii în participație, reglementată de Codul Civil în cuprinsul art. 1949 - 1954.

În acest context, intervenienta reține că obligația de executare a lucrărilor izvorâtă din contractul perfectat cu, revenea atât asociatului cât și asociatului, aceasta din urmă fiind ținută să execute / remedieze tot ce nu a executat sau, altfel spus, fiind responsabilă de neregulile semnalate în acel contract.

A *fortiori*, contrar susținerilor contestatoarei, arată că prerogativa deciziei de respingere a ofertantei pe baza documentelor constatatoare aparține autorității contractante și nu poate fi considerată nelegală, după cum rezultă din jurisprudența comunitară.

În prezenta cauză, în opinia intervenientei, dreptul de apreciere a fost exercitat cu respectarea limitelor trasate de dispozițiile din materia achizițiilor publice, iar suplimentar față de motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 se constată incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că nici și nici nu au semnalat existența documentelor constatatoare respectiv, întrebate fiind de existența lor, nu au răspuns *într-o manieră sinceră și onestă*.

Înainte de a răspunde în mod punctual la criticile formulate în cuprinsul contestației vizând oferta societății sale, evidențiază faptul că aspectul pus în discuție de către reclamantă, chestiunea juridică cu care a fost investit Consiliul, a fost tranșată cu putere de lucru judecat prin Decizia civilă nr. .. pronunțată în data de ... în dosarul nr. ..., de Curtea de Apel

Cu titlu exemplificativ, intervenienta prezintă câteva aspecte reținute de Curtea de Apel prin decizia antecitată, în demonstrarea netemeinicii criticilor din cuprinsul contestației.

Intervenienta opinează că, în prezenta cauză, este nelegal să se dispună respingerea ofertei sale doar pentru că în altă procedură, instanța de judecată investită cu un litigiu în materia achizițiilor publice a apreciat că existau indicii rezonabile pentru presupuse fapte anticoncurențiale săvârșite de asociatul, fără însă ca aceste indicii să fie confirmate desau de instanța de judecată investită cu un litigiu în materia concurenței, punctând următoarele aspecte:

- Prin decizia Curții de Apel se reține existența unor indicii privind eventuale fapte anticoncurențiale și nicidecum nu se constată săvârșirea unor astfel de fapte;

- Prin decizia Curții de Apel nu s-a dispus sancțiunea interzicerii de a participa la alte proceduri de achiziție;

- Comiterea unei abateri profesionale grave presupune constatarea faptei de către autoritățile competente și nu doar constatarea unor indicii;

- nu se face vinovată de „încălcări ale regulilor de concurență” sau alte fapte oculte, neexistând nicio astfel de trimitere în decizia Curții de Apel

Autoarea intervenției apreciază că nu avea obligația menționării deciziei Curții de Apel sau a aspectelor din raportul procedurii care pun în aplicare această hotărâre în documentul DUAE

prezentat, iar cele reținute de Curtea de Apel nu reprezintă o abatere profesională în sensul art. 167 alin.(1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Invocând dispozițiile art. 3 alin. (1) și art. 25 alin. (1) din Legea nr. 21/1996, intervenienta precizează că organul abilitat prin lege să constate săvârșirea unei fapte ce a condus la denaturarea concurenței esteși nicidecum o instanță de judecată (complet specializat de achiziții publice) investit cu o cauză în materia achizițiilor publice.

În susținerea celor de mai sus, invocă jurisprudența în materie a Curții Constituționale.

În final, concluzionează că, neexistând un act administrativ prin care să se constate săvârșirea unei abateri profesionale de către societatea sa, și, eventual să se dispună sancționarea abaterii profesionale, nu se poate reține incidența art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În drept se invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și toate prevederile legale menționate în cuprinsul cererii de intervenție.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție nr. 1030/25.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr.,solicită cele menționate în partea introductivă, aducând argumente pentru combaterea criticilor din cuprinsul contestației formulată de, pentru loturile nr. 3, 4 și 5 (în cadrul cărora intervenienta s-a clasat pe locul 1) și lotul nr. 6 (în cadrul căruia intervenienta s-a clasat pe locul 2).

În prealabil analizei pe fond a criticilor formulate de reclamantă, intervenienta prezintă o serie de aspecte în susținerea tardivității contestației.

Astfel, menționează că, anticipând excepția invocată, reclamanta încearcă să justifice atitudinea pasivă constând în lipsa exercitării în termenul legal a dreptului de a contesta actele autorității contractante considerate vătămătoare.

Raportat la dispozițiile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, intervenienta apreciază ca fiind nerelevante următoarele justificări ale contestatoarei vizând faptul că nu a contestat raportul procedurii nr. 8426/28.03.2023:

- Respectivul raport nu cuprindea o motivare corespunzătoare a excluderii ofertelor asocierii din care face parte reclamanta;
- La momentul publicării raportului, nu era emis un aviz al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice.

În susținerea faptului că exercitarea dreptului de a contesta actele autorității contractante este condiționată de încadrarea în anumite termene, intervenienta invocă jurisprudența CJUE în materie.

Contrar susținerilor contestatoarei, notează că dispozițiile OUG nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor / acordurilor-cadru de achiziție publică nu sunt de natură a permite vreo derogare de la obligația respectării termenelor și procedurile de contestare stabilite imperativ de legea specială a remediilor și căilor de atac.

De asemenea, arată că împrejurarea că la data de 28.03.2023 raportul procedurii publicat în SEAP nu era avizat de către ANAP nu prezintă nicio relevanță din perspectiva efectelor juridice pe care le-a produs respectivul raport, înscris asimilat unui act administrativ.

În opinia, contestatoarea a cunoscut încă din 28.03.2023, măsura excluderii ofertelor depuse pentru loturile 3, 4, 5 și 6 ale procedurii precum și temeiul juridic al adoptării acesteia, astfel că nu sunt incidente considerentele jurisprudențiale invocate de către în cuprinsul contestației.

Mai mult, adaugă intervenienta, contestatoarea a fost informată în mod corespunzător și în ceea ce privește admisibilitatea, respectiv calitatea de câștigătoare a ofertelor concurente a căror excludere solicită, cu mult timp după expirarea termenului legal de 10 zile care trebuie calculat, indubitabil, de la data publicării raportului procedurii de atribuire.

În continuare, prezintă aspecte vizând faptul că, asocierea contestatoare, cu *rea credință*, a omis să furnizeze autorității contractante informații transparente privind potențiala incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fapt care a determinat corecta aplicare a prevederilor lit. h) din același text de lege.

În acest sens, intervenienta remarcă faptul că, în cazul , deși documentul constatat negativ nr. 1/07.11.2022 a fost emis ulterior elaborării DUAЕ, astfel cum reiese din respectivul înscris, încălcarea contractuală era preexistentă, data la care trebuiau finalizate lucrările de marcaje rutiere în contractul subsecvent nr. 429/24.05.2022 încheiat cu fiind 30.08.2022.

Mai mult, adaugă că documentul constatat subliniază gravitatea încălcării obligațiilor contractuale și consecințele negative ale acesteia, inclusiv punerea în pericol a siguranței circulației și a vieții copiilor pe trecerile de pietoni din dreptul școlilor.

În acest context al preexistenței unei grave încălcări contractuale care a generat prejudicii, opinează, era necesară respectarea obligației de transparență constând în indicarea în cuprinsul DUAЕ a potențialului motiv de excludere.

Din punctul de vedere, exclusiv în ipoteza în care comisia de evaluare este corect și complet informată, aceasta poate decide în cunoștință de cauză dacă este incident un motiv de excludere

și, eventual, dacă au fost adoptate măsuri eficiente de auto-corectare destinate să demonstreze credibilitatea ofertantei.

În susținere, intervenienta invocă jurisprudența CJUE în materie.

Autoarea intervenției subliniază faptul că, din verificarea informațiilor publicate pe portalul instanțelor de judecată, aspect confirmat de însăși contestatoare, documentele constatatoare emise în defavoarea și nu au fost suspendate/anulate de către instanțele competente, motiv pentru care sunt valabile, se bucură de prezumția de legalitate și își produc efectele, în sensul că, în cuprinsul acestor documente, este consemnată neîndeplinirea unor contracte de achiziție publică și aplicarea de daune-interese.

În acest context, raportat la constatarea unor încălcări culpabile a obligațiilor contractuale anterioare care au determinat aplicarea de penalități de întârziere din culpa antreprenorului, în opinia, sunt în mod evident lipsite de veridicitate declarațiile pe propria răspundere ale operatorilor economici și din cuprinsul DUAЕ, în sensul că nu se încadrează în niciun motiv de excludere.

Totodată, învederează faptul că, ținând cont că neîndeplinirea obligațiilor contractuale a fost anterioară elaborării DUAЕ de către asociați, este incident inclusiv motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Raportat la solicitarea expresă din DUAЕ (partea III *Motive de excludere*, pct. C – *Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale*), intervenienta reține că membrii asocierii aveau obligația de a indica în DUAЕ existența unor astfel de situații și de a prezenta argumentele pentru care apreciază că motivul de excludere în discuție nu le este aplicabil.

Adaugă că, potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, DUAЕ reprezintă o declarație pe propria răspundere în care ofertanta are obligația să prezinte situația reală a operatorului economic, este evident că și au făcut declarații false, omițând cu bună știință să prezinte documentele constatatoare emise de și să completeze în mod corespunzător DUAЕ, argumentație susținută și de prevederile Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 05.01.2016 (de stabilire a formularului standard pentru documentul unic de achiziție european, Anexa 1 *Instrucțiuni*).

Aprecierea gravității unei abateri contractuale anterioare și a consecințelor acestei abateri revine, din punctul de vedere exclusiv comisiei de evaluare iar nu operatorului economic care, în mod subiectiv, poate aprecia că nu este incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, din aceste considerente fiind incluse în Directiva 2014/24/UE privind achizițiile

publice și în Legea nr. 98/2016 dispozițiile vizând lipsa prezentării/prezentarea de informații incomplete /inexacte/false în scopul verificării absenței motivelor de excludere.

Intervenienta atrage atenția că sancțiunea prevăzută de legiuitor în aceste ipoteze este expresă - excluderea -, iar practica judiciară, inclusiv a CJUE nu permite adoptarea măsurilor de autocorectare raportat la lipsa de transparență de care a dat dovadă ofertanta în acest sens, în acest context fiind lipsite de relevanță aprecierile reclamantei vizând lipsa de incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care excluderea s-a întemeiat inclusiv pe dispozițiile lit. h) din același articol de lege care reglementează un alt motiv de excludere.

În ceea ce privește documentul constatator nr. 51068/27.06.2022, emis de pentru, intervenienta constată următoarele aspecte:

- Indiferent de mențiunea contradictorie de la pct. 13 al acestuia, în cuprinsul acestui înscris se consemnează DA la pct. 10 *Întârzieri/deficiențe în derularea Contractului constatate în prezent/în perioada de referință de 90 zile* și se detaliază în ce a constatat încălcarea obligațiilor contractuale.

- La pct. 10 al documentului constatator se menționează în mod clar perceperea de penalități de întârziere - plata de daune-interese în cuantum total de 2.543.500 lei;

- Era obligatorie bifarea opțiunii DA la rubrica din DUAE (Partea III *Motive de Excludere*, pct. C - *Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale*);

- Penalități de întârziere de valoare importantă au fost aplicate în continuare contractantului, astfel cum reiese din documentele constatatoare, înscrisuri care consemnează fiecare peste 1.000.000 lei penalități de întârziere și relevă astfel consecvența operatorului economic în nerespectarea obligației contractuale esențiale de executare a lucrărilor în termenele asumate.

În susținerea celor prezentate vizând sancționarea prin excludere a operatorilor economici care nu aduc la cunoștința autorităților contractante potențiala situație de excludere, respectiv nu completează în mod real și complet DUAE, invocă jurisprudența CNSC, a instanțelor naționale și a CJUE în materie.

Raportat la comportamentul culpabil al operatorilor economici, semnalează intervenienta, eventuale solicitări de clarificare - invocate în mod repetat de către contestatoare ca fiind necesare -, ar fi fost de natură să încalce principiul tratamentului egal al ofertantelor.

Totodată, notează că, în ceea ce privește eventuala aplicare a prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind potențialele măsuri de demonstrare a credibilității, acestea nu vor mai putea fi avute în vedere în ipoteza reevaluării ofertei câștigătoare

raportat la atitudinea lipsită de sinceritate a membrilor asocierii, și

Referitor la încercarea contestatoarei de a exclude o eventuală culpă a societății în derularea contractului subsecvent nr. 429/24.05.2022, încheiat cu, pe considerentul că asociatul ar fi avut sarcina executării lucrărilor, intervenienta remarcă *ignorarea voită a principiului solidarității* care reglementează relația dintre achizitor și membrii unei asocieri care derulează în comun un contract de achiziție publică.

Astfel, precizează, în temeiul art. 1168 Cod civil coroborat cu art. 1953 alin. (2) din același act normativ, asociații răspund solidar față de terți pentru actele încheiate de oricare dintre ei, răspundere solidară pe care nici nu ar fi putut-o înlătura prin acordul lor, conform prevederilor art. 1953 alin. (4) Cod civil.

O dovadă în plus a lipsei de credibilitate a asociaților și este susținută, în opinia intervenientei, și prin adresele emise de către sub nr. 20/14840/29.04.2022 și, respectiv prin sub nr. 92/32258/03.05.2022 prin care se constată că asocierea - nu a executat nicio lucrare de marcaj rutier la aproape 1 an de la semnarea contractelor subsecvente, confirmându-se astfel conduita constantă a acestor operatori economici de a nu își îndeplini obligațiile contractuale, *comportament atipic și unic*, pe care nu l-a mai întâlnit, astfel cum este menționat expres în adresa nr. 20/14840/29.04.2022.

Autoarea intervenției atrage atenția și asupra faptului că inclusiv asociatul SRL se face vinovat de încălcarea unor obligații contractuale anterioare chiar față de

Astfel, notează că, așa cum reiese din adresa nr. 14046/17.05.2023, și-a nesocotit obligația esențială de executare a lucrărilor în termenele contractuale asumate în contractul nr. 61/04.08.2022, beneficiarul contractului respectiv atestând aplicarea de daune interese constând în penalități de întârziere în data de 26.01.2023 și lipsa achitării acestora de către contractant.

În continuare, intervenienta prezintă o serie de aspecte în combaterea criticilor vizând caracterul nelegal al menținerii în competiție a asocierii

Contrar susținerilor reclamantei, autoarea intervenției consideră că demersul prin care a aplicat Hotărârea nr. emisă de Curtea de Apel, prin respingerea ofertelor prezentate de nu reprezintă o dovadă a comiterii unei abateri profesionale grave în sensul cerut de prevederile legale, motivul de excludere a ofertelor din procedura anterioară fiind reglementat distinct de art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea

nr. 98/2016, nefiind posibilă asimilarea cu situația de excludere prevăzută de lit. c) a aceluiași articol.

Relevante din această perspectivă sunt, în opinia, considerentele adoptate cu putere de lucru judecat de Curtea de apel în Decizia civilă nr., intervenienta reținând că nu s-a constatat, prin Hotărârea nr.emisă de Curtea de Apel, existența unei abateri grave, în sensul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

Pe cale de consecință, evidențiază intervenienta, cu atât mai puțin se poate susține că un astfel de motiv de excludere bazat pe existența unei abateri grave ar fi fost constatat de către în procedura anterioară.

Suplimentar statuărilor obligatorii ale hotărârii judecătorești antecitate, remarcă și eronata asimilare de către contestatoare a autorității contractante cu o autoritate administrativă în sensul lit. c) a textului legal menționat anterior, concept care face referire în mod evident la o autoritate competentă legal să constate o încălcare gravă în domeniul concurenței, ceea ce nu este cazul unei autorități contractante.

În sprijinul acestei afirmații, intervenienta invocă dispozițiile art. 167 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 conform cărora *„înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză [...]”*.

Astfel, precizează cănu deține atribuții legale de constatare a unor eventuale încălcări ale regulilor anticoncurențiale, singurul organ abilitat de lege în acest sens fiind

Prin urmare, evidențiază intervenienta, sunt nefondate criticile formulate împotriva societății sale și, în contextul în care nu poate fi extinsă o excludere punctuală dintr-o procedură de atribuire în curs de derulare (pe baza unor indicii de înțelegeri anticoncurențiale) și la alte proceduri de atribuire ulterioare, fără constatarea de către o autoritate competentă în domeniul concurenței, pe bază de probe indubitabile, a existenței unei abateri grave săvârșite cu intenție sau din culpa gravă.

Concluzionează că, în lipsa unei decizii a care să constate, pe baza unei investigații derulate conform legii, o eventuală încălcare a regulilor de concurență, care să fie asimilată unei abateri grave în sensul Legii achizițiilor publice, nu este posibilă excluderea asocierii din procedura în cauză.

În drept se invocă dispozițiile Codului Civil, Legii nr. 98/2016, legii nr. 101/2016, HG nr. 395/2016, Directivei 2014/24/UE și jurisprudența CJUE.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 1145/31.05.2023, înregistrată la CNSC cu nr., în urma studierii dosarului cauzei constituit la Consiliu, a transmis *concluzii scrise*, în replică față de punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă și față de cererile de intervenție formulate de și, cuprinzând o sinteză a argumentelor pentru care se impune admiterea contestației sale.

Într-un prim aspect, reclamanta aduce argumente în susținerea respingerii excepției tardivității contestației, conform celor de mai jos:

- Raportul procedurii a fost publicat în data de 28.03.2023 urmare a unei erori, aspect confirmat explicit de către prin punctul de vedere. De altfel, la acel moment, a informat explicit despre lipsa de efecte juridice a raportului procedurii publicat cu acel prilej/la acel moment;

- Raportul procedurii nu cuprinde rezumatul motivelor pentru care oferta asocierii a fost respinsă, luând la cunoștință, pentru prima dată, despre motivele pentru care oferta sa a fost respinsă în data de 05.05.2023, când au fost transmise comunicările privind rezultatul procedurii;

- Contestația a fost formulată în termenul legal de la data la care au fost publicate comunicările rezultatului procedurii;

- Raportul procedurii se impune, de asemenea, a fi anulat întrucât trebuie să existe o corespondență între acesta și comunicările rezultatului procedurii.

În opinia contestatoarei, și excepția lipsei de interes se impune a fi respinsă, având interes în formularea criticilor față de ofertele asocierii și, întrucât nu este ofertantă exclusă definitiv din procedura de atribuire, având, astfel, posibilitatea de a critica atât modalitatea de evaluare a propriei oferte, cât și a celei desemnate câștigătoare, în mod concomitent, demers pe care, de altfel, l-a și întreprins.

Reclamanta apreciază că se impune admiterea excepției inadmisibilității criticilor noi, motivelor suplimentare de respingere a ofertei asocierii, invocate de către și, prin cererile de intervenție.

..... reține că, pe calea cererii de intervenție, nici și nici nu se pot substitui și completa motivele de respingere a ofertei asocierii

Mai mult, notează reclamanta, conduita și de a critica, prin intervenție, modalitatea de evaluare a ofertei asocierii este inadmisibilă din punct de vedere procedural.

În continuare, autoarea contestației prezintă o sinteză a motivelor pentru care nici societatea sa și nici nu se încadrează în

motivele de excludere *greșit* (și *nemotivat*) reținute de către ca fiind aplicabile.

Astfel, referitor la societatea sa, reclamanta apreciază că a constatat greșit incidența motivelor de excludere în contextul în care:

- nu se poate reține o încălcare repetată a obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul contractului de lucrări, în contextul în care documentul constatator intermediar nr. 1 confirmă dincolo de orice dubiu că, în realitate, această condiție este infirmată de către; în contextul în care însuși beneficiarul lucrărilor nu a considerat că întârzierile constatate ar fi imputabile antreprenorului și/sau că acestea ar fi generate de încălcări ale obligațiilor principale, nici nu poate să prezume o astfel de conduită greșită a

- nu se poate reține nicio încălcare gravă a obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul contractului de lucrări, în contextul în care documentul constatator intermediar nr. 2 redă exclusiv întârzieri în raport de programul de execuție, nicidecum în raport de o clauză contractuală, perioada agreată în cadrul contractului nefiind, oricum, îndeplinită; prin urmare, aspectele reținute de către în cadrul acestui act nu pot constitui încălcări grave de natura celor redată cu titlu exemplificativ în cadrul dispozițiilor art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016;

- neîndeplinirea condițiilor impuse de pct. g) al art. 167 conduce, implicit, și la constatarea greșitei aplicări a motivelor de excludere statuate de pct. h) și pct. i) al aceluiași articol, de altfel, nicio analiză a acestor motive de excludere neputându-se desprinde din niciun act emis de către pe parcursul evaluării ofertei asocierii ceea ce denotă, de fapt, *caracterul speculativ și oportunist* al invocării acestora. Or, lipsa motivării clare, precise și explicite a incidentei unor motive de excludere conduce, indubitabil, la constatarea caracterului nemotivat al actelor atacate și, totodată, al evaluării ofertei asocierii.

Referitor la, reclamanta apreciază că a constatat greșit incidența motivelor de excludere în contextul în care:

- Independent de răspunderea juridică solidară a membrilor unui asemenea grup, aplicarea motivului facultativ de excludere reglementat de pct. g) al art. 167 trebuie să se fundamenteze exclusiv și limitativ pe conduita ofertantei;

- a demonstrat faptul că nu și-a asumat executarea lucrărilor în raport de care prina constatat întârzieri, practic, abaterile redată în documentul constatator neavând legătură cu comportamentul său individual;

- La momentul depunerii ofertei, documentul constatator nu era nici emis, nici comunicat părților, aspect care conduce prin el însuși la constatarea nelegalității măsurii de excludere a ofertei.

În cele ce urmează, contestatoarea redă aspecte vizând faptul că, și nu au indicat abaterea profesională gravă în DUAЕ, și faptul că greșit a omis verificarea incidenței motivelor de excludere, în contextul în care ea însăși a emis raportul procedurii prin care fapta săvârșită de către ofertante a fost constatată/reținută.

Din punctul de vedere al, este incontestabil că:

- aspectele tranșate prin Sentința civilă nr. .. se bucură de putere de lucru judecat în contextul în care aceasta este prima hotărâre prin care a fost analizată incidența motivului de excludere reglementat de pct. c) al art. 167 prin raportare la abaterile profesionale grave săvârșite confirmate prin decizia Curții de Apel

- considerentele Deciziei Curții de Apel nr., invocate de către interveniente, sunt contrazise de o altă hotărâre judecătorească (anterioară), rămasă definitivă, devenind, așadar, irelevante în soluționarea prezentei cauze.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr., în urma studierii dosarului cauzei constituit la Consiliu,a transmis *concluzii scrise*, în replică față de punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă și față de notele scrise depuse de contestatoare, prezentând o serie de aspecte în susținerea celor solicitate în cuprinsul cererii sale de intervenție.

Într-un prim aspect, intervenienta reiterează cererea de admitere a excepției tardivității contestației, considerând că este *neîndoielnic* faptul că ofertanta reclamantă a cunoscut, încă din 28.03.2023, măsura excluderii ofertelor depuse pentru loturile 3, 4, 5 și 6 ale procedurii, inclusiv temeiul juridic și factual al adoptării acesteia.

Prin urmare, lipsa unui demers de contestare în termen de 10 zile începând cu ziua următoare datei de 28.03.2023, denotă, în opinia, o *vădită lipsă de diligență*, care nu poate să înfrângă principiul securității juridice în materie de achiziții publice, principiu statuat la nivelul jurisprudenței unionale.

În susținerea necesității excluderii ofertelor depuse de reclamantă, intervenienta reiterează faptul că, în virtutea principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este singura entitate îndrituită să aprecieze cu privire la credibilitatea unui operator economic care intenționează să devină partener contractual al instituției sale, iar această apreciere *suverană* cu privire la existența/inexistența unei legături de încredere nu poate fi cenzurată de nicio autoritate și nici de instanța de judecată.

Totodată, evidențiază faptul că ignoră voit considerentele obligatorii ale deciziilor pronunțate de CJUE în cauzele Delta și Mecca, citate în cuprinsul cererii de intervenție.

Raportat la excepția inadmisibilității criticilor noi și suplimentare invocate de reclamantă față de argumentele privind lipsa de credibilitate a membrilor asocierii, intervenienta constată confuzia realizată de către cu privire la conținutul și scopul aspectelor învederate de către societatea sa prin cererea de intervenție.

..... remarcă faptul că nu a intenționat să suplimenteze motivele de respingere a ofertelor concurente, invocarea unor alte încălcări contractuale decât cele care au stat la baza excluderii fiind destinate exclusiv să confirme realitatea conform căreia membrii asocierii nu prezintă suficiente garanții de fiabilitate, care să justifice o eventuală menținere în competiție, fiind evident temeinic justificată decizia de excludere adoptată de către

În susținerea caracterului legal al menținerii în competiție a asocierii, autoarea intervenției reiterează argumentul conform căruia nu poate fi extinsă o excludere punctuală dintr-o procedură de atribuire în curs de derulare (pe baza unor indicii de înțelegeri anticoncurențiale) și la alte proceduri de atribuire ulterioare, fără constatarea de către o autoritate competentă în domeniul concurenței, pe bază de probe indubitabile, a existenței unei abateri grave săvârșite cu intenție sau din culpă gravă.

De asemenea, evidențiază faptul că este inadmisibilă invocarea contradictorialității de dispozitiv dintre Decizia Curții de Apel nr. și Sentința civilă a Tribunalului nr. ..., în contextul în care aceasta a făcut obiectul căii de atac extraordinare a revizuirii promovate de, acțiune respinsă ca fiind tardivă de către Curtea de Apel ... prin Decizia civilă nr.

..... a constituit cauțiunea în sumă de lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr., eliberată de CEC BANK – Sucursala, înregistrată în registrul de evidență al Consiliului sub nr.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii, pe loturi, a acordului-cadru de lucrări având ca obiect *Proiectare și execuție rutieră orizontală și verticală pe străzi aflate în municipiul*, cod CPV principal: 45233221-4 Lucrări de marcaj rutier (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.

CN1035430/05.10.2021. Conform anunțului de participare, valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 32.214.569,50 și 128.854.630 Ron, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

Potrivit raportului procedurii nr. 8426/28.03.2023, a rezultat următorul clasament pentru loturile contestate:

- **lot 3** – asocierea – locul 1;
- **lot 4** – asocierea – locul 1;
- **lot 5** – asocierea – locul 1;
- – locul 2;
- **lot 6** – – locul 1;
- asocierea – locul 2.

Totodată, prin același raport, oferta asocierii SRL – SRL a fost respinsă ca inacceptabilă pentru loturile 3, 4, 5 și 6.

Nemulțumită de acest rezultat, SRL, în reorganizare, membru al asocierii SRL – SRL a formulat prezenta contestație, solicitând anularea acestuia și obligarea autorității contractante la restabilirea legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei asocierii și excluderea ofertelor depuse de asociereași

Față de contestația, au depus cereri de intervenție, (oferant declarat admisibil, pe locul 2, la lotul 5 și câștigător la lotul 6) și(oferant desemnat câștigător la loturile 3, 4 și 5 și admisibil, pe locul 2, la lotul 6). Consiliul stabilește că cele două societăți au calitate și capacitate procesuală și au dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererilor, la data de 25.05.2023, acestea sprijinind poziția autorității contractante în menținerea actelor evaluării. Totodată, se constată că acestea au fost depuse în termenul legal de 10 zile de la publicarea contestației (16.05.2023 – potrivit extrasului SEAP), astfel că, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererile de intervenție, ca accesorii, de intervenție în favoarea autorității contractante.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării excepției tardivității contestației de către societățile interveniente și, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul este ținut să o analizeze cu precădere.

Conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, petenta putea sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante și obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, prin act al autorității contractante înțelegându-se, conform art. 3 alin. (1) lit.

a) din Legea nr. 101/2016, orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire.

În cauză, raportul procedurii nr. 8426/28.03.2023 a fost postat în SEAP la data de 28.03.2023, potrivit susținerilor părților (la dosarul cauzei neexistând o dovadă în acest sens, însă niciuna dintre părți nu tăgăduiește acest lucru). Prin adresele nr. 12550/05.05.2023 (lot 3), 12551/05.05.2023 (lot 4), 12552/05.05.2023 (lot 5) și 12556/05.05.2023 (lot 6), autoritatea contractantă a comunicat petentei rezultatul procedurii. Contestația formulată de a fost transmisă și înregistrată la Consiliu la data de

Potrivit art. 66 alin. (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația elaborării raportului procedurii de atribuire în conformitate cu art. 216 din Legea nr. 98/2016, raport care se aprobă de către conducătorul autorității contractante.

Raportul procedurii se introduce în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat (art. 66 alin. 4 din HG nr. 395/2016).

După aprobarea raportului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația informării ofertanților. Această obligație trebuie îndeplinită în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.

Relevante sunt și dispozițiile alin. 2 ale aceluiași articol, care instituie obligația, ca în cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă să arate fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale, fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribue contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertantului/ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru, fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, informații referitoare la desfășurarea și progresul negocierilor și al dialogului cu ofertanții.

Din ansamblul etapelor ce trebuie parcurse în procedura de achiziție publică și al documentelor care finalizează fiecare dintre aceste etape, Consiliul apreciază în sensul în care raportul procedurii comunicat conform art. 215 din Legea nr. 98/2016 are calitatea de act al autorității contractante de natură să producă efecte și poate forma obiect al contestației în fața CNSC.

Față de dispozițiile legale invocate în cele ce preced, Consiliul apreciază că, în speță, punctul de plecare pentru calcularea termenului de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 pentru contestarea raportului procedurii îl constituie data la care autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația informării asupra rezultatului procedurii în temeiul art. 215 din Legea nr. 98/2016. Opinia contrară, exprimată de cele două societăți interveniente, goleşte de conținut și efecte juridice atât prevederile art. 66 alin. (5) din HG nr. 395/2016 [După aprobarea raportului procedurii de atribuire prevăzut la alin. (3), autoritatea contractantă are obligația informării ofertanților cu respectarea prevederilor cap. IV secțiunea a 13-a din Lege] cât și pe cele ale art. 215 din Legea nr. 98/2016, antecitate.

Această soluție se impune și din perspectiva dispozițiilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 în conformitate cu care numai după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, accesul neîngrădit la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost.

Având în vedere data comunicării rezultatului procedurii, respectiv 05.05.2023, contestația depusă la Consiliu la data .. este formulată în termen.

Pe cale de consecință, se impune a fi respinsă excepția tardivității contestației invocată de societățile interveniente.

Având a se pronunța asupra deciziei de declarare ca inacceptabilă a, sintetizând cele comunicate de, în adresele nr. 12550 / 05.05.2023 (lot 3), 12551 / 05.05.2023 (lot 4), 12552 / 05.05.2023 (lot 5) și 12556 / 05.05.2023 (lot 6), Consiliul reține că s-a constatat incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Au fost identificate documentele constatatoare nr. 92/51068/27.06.2022, nr. 92/81203/03.10.2023 emise de pe numele asocierii -, aceasta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări nr. 92/27754/19.04.2019. Totodată, a reținut comisia de evaluare existența documentului constatator emis de pentru asocierea-

Relativ la documentul constatator nr. 92/51068/27.06.2022, au reținut membrii comisiei de evaluare că, prin răspunsul la solicitarea de

clarificări, a recunoscut existența documentului, motiv pentru care s-a apreciat că ofertantul a completat eronat formularul DUAЕ omițând să comunice situațiile în care un contract de achiziție publică a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune- interese sau alte sancțiuni în respectivul contract. S-a arătat că prejudiciile identificate astfel cum rezultă din documentul constatator sunt în valoare totală de 2.543.500,00 lei. S-a considerat că, prin modul în care a completat DUAЕ, ofertantul a dorit vicierea rezultatului pornind de la premisa că autoritatea contractantă nu va proceda la o verificare a celor declarate în DUAЕ, prin evitarea aplicării sancțiunii excluderii din procedură de către comisia de evaluare.

Față de acest motiv de excludere în referire la documentul constatator nr. 51068/27.06.2022, reține Consiliul că la nivelul DUAЕ, completat de nu există nicio mențiune cu privire la documentul constatator nr. 51068/27.06.2022, fiind declarată la secțiunea *încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile* doar rezilierea contractului nr. 12776/1850/29.07.2014 și a acordului-cadru nr. 9900294/2015.

Identificând, printre altele, și documentul constatator nr. 92/51068/27.06.2022, autoritatea contractantă a solicitat asocierii din care face parte, prin intermediul adresei nr. 56015/12.12.2022, clarificarea încadrării/neîncadrării în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prezentând totodată, dacă este cazul, documente edificatoare în susținerea justificărilor oferite.

Răspunzând solicitării, la data de 14.12.2022, liderul asocierii..... a susținut că nu se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, făcând trimitere la răspunsul acestuia nr. 841/14.12.2022 anexat, prin care se arată, în referire la documentul constatator nr. 92/51068/27.06.2022, că, potrivit pct. 13 din acest înscris, în perioada de referință de 90 de zile, contractantul și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale principale.

Comisia de evaluare, astfel cum rezultă din cele consemnate în procesul - verbal nr. 57339/19.12.2023, a apreciat că răspunsul este neconcludent, recunoscând existența unui certificat constatator negativ, nedeclarat în DUAЕ și că prin modul în care a completat DUAЕ, ofertantul a dorit vicierea rezultatului procedurii de atribuire. S-a mai susținut că ofertanții au obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în cadrul DUAЕ cu privire la situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit g) din Legea nr. 98/2016, iar în cazul încălcării acestei obligații, devin incidente textele legale ce reglementează cazurile de excludere prevăzute de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Față de diferendul dedus judecății, Consiliul reține relevanța următoarelor dispoziții legale:

din Legea nr. 98/2016:

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

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

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.

(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 193. - (1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

din HG nr. 395/2016:

Art. 166. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză;

(5) Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective.

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

Din economia acestor prevederi legale, rezultă că, în procesul de evaluare, autoritățile contractante au obligația de a verifica incidența cazurilor de excludere reglementate de art. 164 și 167 din lege în baza informațiilor regăsite în DUAЕ depus de fiecare ofertant, corelativ operatorii economici având *obligația* de a declara în DUAЕ-ul orice informație cu relevanță în efectuarea acestei verificări.

Totodată, reține Consiliul că, potrivit normelor precitate, autoritățile contractante au obligația de a elibera documente constatatoare care conțin informații referitoare la modul în care un contractant își îndeplinește obligațiile contractuale, documente care se publică în SEAP, într-o secțiune dedicată, pentru a fi, așadar, cunoscute oricărei persoane interesate.

Din actele evaluării, Consiliul observă că asupra societății au existat verificări sub aspectul incidenței cazurilor de excludere reglementate de art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Reține Consiliul, din examinarea documentului constatator nr. 92/51068/27.06.2022, emis pentru asociereaSA – în cadrul contractului nr. 92/27754/19.04.2019, că la rubrica *Întârzieri/deficiențe în derularea contractului constatate în prezent/în perioada de referință de 90 zile* este completat **DA**, fiind detaliate după cum urmează:

- întârzieri în execuția lucrărilor față de ultimul program de execuție aprobat de către inginer;
- elaborarea cu întârziere a documentației pentru obținerea autorizației de construire Etapa II;
- elaborarea cu întârziere a Memoriului necesar revizuirii Acordului de mediu;
- depunerea cu întârziere a documentației pentru exproprieri suplimentare.

Totodată, la rubrica *Daune cauzate Beneficiarului până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile / Penalități emise de Beneficiar până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile / Prejudicii aduse Beneficiarului până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile* este bifat **DA**, fiind consemnate penalități de întârziere în valoare de 2.543.500,00 lei, pentru mai multe *revendicări* contractuale.

Așadar, documentul constatator a relevat faptul că au existat întârzieri în respectarea termenelor contractuale, entitatea emitentă cuantificând penalități de întârziere pentru *revendicările* nr. 2, nr. 3, nr. 7, nr. 8, nr. 9, nr. 12, nr. 13, nr. 14, nr. 15 și nr. 16 .

Consiliul apreciază, raportat la normele legale incidente, în ipoteza existenței unui motiv de excludere facultativă, că existența unui document constatator nu conduce în mod automat la excludere, însă revine autorității contractante obligația de a solicita clarificări și de a efectua evaluarea cu privire la existența sau inexistența unui motiv de excludere. Prezentarea unor dovezi privind măsurile luate de ofertant

pentru înlăturarea cauzelor care au condus la neexecutarea contractului anterior poate să convingă sau poate să nu convingă autoritatea contractantă cu privire la credibilitatea prezentă a ofertantului.

Omisiunea declarării în DUAE a documentelor constatatoare poate fi calificată ca o declarație falsă în scopul ascunderii unui motiv de excludere din procedură, doar în situația în care mențiunile din documentul constatator, în urma solicitării de clarificări și dovezilor prezentate, conduc la concluzia existenței unui motiv de excludere din cele prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016, aspect care nu poate fi analizat decât de autoritatea contractantă, căreia legiuitorul îi conferă o marjă de apreciere.

Principiul proporționalității se opune unei excluderi automate, fără a-i da posibilitatea ofertantului să-și expună argumentele, dovezile sau măsurile luate, astfel cum prevăd dispozițiile art. 171 alin. (3) Legea nr. 98/2016. Analiza la care era ținută comisia de evaluare presupunea inclusiv verificarea faptului că documentul constatator reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Ori, în speță, autoritatea contractantă a îndeplinit aceste verificări, apreciind asupra incidenței dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și implicit h) din Legea nr. 98/2016.

Afirmația contestatoarei, în sensul că documentul constatator nu atestă neexecutarea obligațiilor contractuale principale ci doar întârzieri în derularea contractului, este lipsită de relevanță, întrucât nerespectarea termenelor stabilite reprezintă în sine o încălcare a obligațiilor asumate prin contract.

Mai mult, stabilirea penalităților, în baza unei clauze penale, presupune, ca situație premisă, executarea cu întârziere a unor obligații principale (întrucât potrivit Codului civil – art. 1538 – Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale). Activarea clauzei penale are dublu rol, urmărind atât repararea prejudiciului cauzat creditorului, cât și pedepsirea comportamentului debitorului.

În speță, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere și raportat la documentele de referință, Consiliul consideră corectă concluzia acesteia în sensul că, referitor la oferta asocierii

.....-.....SRL

-, este dovedită existența cazului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g), devenind incidente și dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Dreptul de apreciere nu poate fi cenzurat de organismul de control, dat fiind că exercitarea lui antrenează o opțiune unilaterală a autorității de a se angaja în viitor în relații contractuale cu întreprinderi al căror comportament a fost pus, într-un mod semnificativ și cu suficientă certitudine, sub semnul îndoielii.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea menținerii în procedură a unui operator economic aflat în această situație, Consiliul nu poate interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.

Or, în cazul dedus judecății, nu se pot reține nici încălcarea legii și nici exercitarea dreptului de apreciere cu exces de putere.

În atari circumstanțe, Consiliul face trimitere la recitalul 101 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului: (...)Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern. Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic (...).

Totodată, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat:

28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[a]utoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din situațiile [menționate la această dispoziție]”. Astfel, din textul dispoziției respective **rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintre procedură de achiziții publice.**

29. În al treilea rând, **posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți**, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.

31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.

34. Or, astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul 4 din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să**

încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 (*Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere*).

În lumina considerentelor mai sus expuse, Consiliul stabilește că nu există motive pentru infirmarea deciziei entității contractante și pentru anularea raportului nr. 8426/28.03.2023, în partea referitoare la loturile nr. 3, 4, 5 și 6, în ceea ce privește decizia de excludere a asocierii SRL
- în baza documentului constatator nr. 92/51068/27.06.2022.

Fiind întemeiat acest motiv de excludere, Consiliul nu va mai proceda la cercetarea celorlalte motive având ca obiect existența documentelor constatatoare nr. 92/81203/03.10.2022 (emis pe numeleSA -) și nr. 93383/07.11.2022 (emis pe numele asocierii -) ea neputând schimba situația ofertei reclamantei, în sensul transformării ei în una admisibilă.

În continuare, preliminar analizei aspectelor criticate în legătură cu ofertele asocierii și, se impune pronunțarea asupra excepției lipsei de interes în formularea unor astfel de critici, invocată de autoritatea contractantă, aceasta din urmă argumentând în susținerea excepției, că acuzațiile aduse de contestatoare nu sunt de natură să înlăture caracterul inacceptabil al ofertei sale și să-i asigure accesul la încheierea contractului.

În analiza sa, Consiliul apelează la jurisprudența CJUE ce se aplică cu prioritate în sistemul judiciar intern, respectiv la considerentele hotărârii pronunțată în cauza C-131/16, *Archus și Gama*, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C689/13, EU:C:2016:199,

punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), **indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă **a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii**. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Întro asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

57 Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

58 În schimb, în cauza principală, *Archus și Gama* au formulat **o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice**. Întro asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva

92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală – în care, **în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt –**, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

Consiliul reține că, în speță, este pe deplin aplicabilă interpretarea de mai sus a CJUE, atât timp cât există o acțiune simultană a asociatului împotriva deciziei de respingere a ofertei sale și împotriva deciziei privind admisibilitatea ofertelor concurente. Nu suntem în prezența situației din cauza C-355/15 (*Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*), unde s-a statuat că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul **că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus** dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice **printr-o decizie rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire** a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, întrucât, în prezenta cauză, asocierea din face parte nu a fost exclusă definitiv din procedură.

În condițiile expuse, Consiliul stabilește că, în cauză, nu operează excepția lipsei de interes în formularea criticilor în privința ofertelor asocierii – și, invocată de autoritatea contractantă.

Pe fondul celor reclamate, contestatoarea susține că și – subcontractantul declarat al amândurora – se încadrează în cazurile de excludere reglementate de art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016, întrucât au comis abateri profesionale grave pe care, în mod individual, nu le-au indicat în cuprinsul DUAЕ.

Contestatoarea, în argumentarea criticilor sale, face trimitere la raportul procedurii nr. 19211 din 28.04.2021, emis în cadrul unei alte proceduri, de către aceeași autoritate contractantă,și potrivit căruia achizitoarea a respins ofertele prezentate de către asocierea - și asocierea - ca neconforme, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, dat fiind faptul că acestea prezentau indicii de înțelegeri anticoncurențiale, fiind constatată *existența unei legături indubitabile ce creează indicii rezonabile și suficiente că între cele două asocieri a fost încheiat un acord pentru denaturarea concurenței în*

legătură cu procedura cu procedura de atribuire, scopul asocierii și al asocierii fiind acela de a împărți între ei, în mod egal, toate cele 6 loturi scoase la licitație în procedura de atribuire, după eliminarea prealabilă, încă din faza evaluării propunerilor tehnice, a celorlalți participanți.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că la dispoziția se regăseau toate informațiile și documentele necesare pentru constatarea încadrării în condițiile impuse de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Având a analiza înscrisul de care se prevalează autoarea contestației, respectiv raportul procedurii nr. 19211 din 28.04.2021, Consiliul reține că a respins, la acea dată, ofertele asocierilor - și - în baza deciziei civile nr. și a prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 (sublinierile aparțin) - Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, **prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale** sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută.

Parcursând decizia civilă nr., Consiliul constată că instanța a stabilit că au existat indicii rezonabile, care au condus la concluzia unei posibile înțelegeri anticoncurențiale, de către asocieria și asocieria, **fără** a se constata săvârșirea unei abateri profesionale grave.

Luând act de cele trasate de instanță, a decis respingerea ofertelor în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, fiind reținută neconformitatea pentru indicii de înțelegeri concurențiale.

În redarea existentă de la nivelul Legii nr. 98/2016, textul art. 167 alin. (1) lit. c) are următorul conținut:

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

(...)

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.**

De asemenea, la alin. (3) al aceluiași text normativ se stabilește: 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.

Așadar, raportând situația de fapt ce rezultă din raportul procedurii nr. 19211 din 28.04.2021 (mijlocul probator invocat) la norma antecitată, Consiliul reține că nu suntem în prezența unei decizii a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative prin care să se fi reținut comiterea unei abateri profesionale grave.

Niciunde în înscrisul de care se prevalează contestatoarea nu este consemnat faptul că au fost încălcate regulile de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor, mai cu seamă că revenea (instituție abilitată în sensul Legii nr. 21/1996) constatarea săvârșirii unor astfel de încălcări.

De asemenea, și Curtea Constituțională în decizia sa nr. 738/20.11.2018 referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice a statuat la pct. 17: (...) În înțelesul legii [art. 167 [alin. \(3\)](#) din lege], abatere profesională gravă reprezintă 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. Din conținutul normativ al art. 167 alin. (1) [lit. c\)](#) și al art. 167 [alin. \(3\)](#) din Legea nr. 98/2016, Curtea reține că, **indiferent de înțelesul dat de lege, abaterea profesională gravă trebuie stabilită în mod definitiv de o instanță de judecată sau de o autoritate administrativă competentă în domeniul respectiv.** Așadar, în ambele ipoteze, operatorul economic va fi exclus din procedura de achiziție numai în temeiul unei hotărâri judecătorești, respectiv al unei decizii emise de o autoritate administrativă.

Totodată, Consiliul reține că, în cauza C- 465/11, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia), prin decizia din 30 august 2011, primită de Curte la 9 septembrie 2011, în procedura Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, CJUE a stabilit cu relevanță în prezenta cauză următoarele:

29. În consecință, nerespectarea de către un operator economic a obligațiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională.

30. Cu toate acestea, **noțiunea „abatere gravă” trebuie să fie înțeleasă ca referinduse în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă.**

31. În plus, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.

Așadar, instanța europeană a concluzionat că abaterea ce stă la baza excluderii trebuie să fie de o anumită gravitate, ceea ce înseamnă că nu orice abatere conduce la excludere.

Față de acest considerente, Consiliul stabilește că susținerile contestatoarei pornesc de la o premisă incorectă, respectiv de la aprecierea că raportul procedurii nr. 19211 din 28.04.2021 constituie o dovadă a săvârșirii unor abateri profesionale grave de cătreși

În acest context, Consiliul constată că asociereași nu aveau de ce să menționeze în DUAE informațiile rezultate din raportul procedurii nr. 19211 din 28.04.2021, prin care a dispus cu privire la o altă procedură și nu s-a reținut săvârșirea unei abateri profesionale grave. Pe cale de consecință, nu este întemeiată o decizie de excludere în considerarea dispozițiilor art. 167 lit. h) din legea achizițiilor.

Având în vedere cele evocate, Consiliul determină că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare desemnată, și-a îndeplinit, în mod legal, obligația de evaluare a ofertelor asocieriiși, neexistând motive pentru infirmarea acestei evaluări, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii pentru loturile 3, 4, 5 și 6 și nici pentru obligarea acesteia la reevaluarea ofertelor.

Astfel fiind, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația, în reorganizare, membru al asocierii-

Consiliul va respinge și cererea accesorie a reclamantei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu depunerea contestației, în condițiile în care această din urmă parte procesuală nu a pierdut procesul în fața contestatoarei. Nu sunt îndeplinite condițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 453 C. proc. civ., în sensul că societatea contestatoare nu a câștigat procesul și autoritatea contractantă nu s-a aflat în culpă, ci dimpotrivă.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și art. 9 alin. (2) C. proc. civ.].

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul va admite cererile de intervenție formulate de și în calitate de lider al asocierii-

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge excepțiile invocate.

În baza art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în reorganizare, membru al asocierii- în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

În baza art. 26 alin. (9) din lege, respinge cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererile de intervenție formulate de și în calitate de lider al asocierii- și, în temeiul art. 67 din același act normativ, le admite.

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

Împotriva prezentei 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.