

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.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 55390/22.10.2021, formulată de, cu sediul în, reprezentată legal prin dl. ... și convențional de avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în ..., în calitate de lider al
-, împotriva refuzului de adoptare de măsuri de remediere în urma notificării privind incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, emis de către ... SA, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „....”, s-au solicitat următoarele:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere în privința ofertantului ...S.R.L., respectiv constatarea incidenței dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016 cu consecința excluderii/respingerii acestuia din procedură;

- ca o consecință a celor solicitate anterior, anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 24/10122/03.09.2021, precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acesta (proces-verbale de evaluare, decizii, adresele privind desemnarea ofertantului ...SRL câștigător, precum și cea prin care i s-a comunicat contestatoare rezultatul procedurii;

- obligarea autorității contractante la continuarea și finalizarea procedurii de atribuire cu restul ofertanților desemnați admisibili, cu respectarea prevederilor legale din materia achizițiilor publice și

- suspendarea procedurii de atribuire în temeiul art. 22 din Legea 101/2016, pentru prevenirea unei pagube iminente, până la soluționarea prezentei contestații.

Prin cererea de intervenție nr. 3908/29.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 56901/01.10.2021, ...S.R.L., cu sediul în, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI, reprezentată convențional prin, cu sediul profesional în, unde se vor comunica toate actele procedurale, a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție, respingerea ca inadmisibilă a contestației, iar pe fond, respingerea ca neîntemeiată/nefondată a contestației formulată de și admiterea cererii de intervenție.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ..., în calitate de lider al -, critică refuzul de a adopta măsuri de remediere în urma notificării privind incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, din partea ... S.A., în cadrul procedurii menționate, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, în prealabil, ..., denumită în continuare ..., prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, de interes fiind informațiile conform căror ofertele au fost depuse la data de 29.08.2019, urmare evaluării cărora a fost emis Raportul inițial al procedurii nr. 24/2928/04.03.2021, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de ...SRL, în timp ce oferta depusă de ... a fost cl...ată pe locul 2, iar cea depusă de ... a fost respinsă, comisia de evaluare constatând incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr.98/2016.

Decizia de respingere a ofertei ... a format obiectul procedurii administrativ – jurisdicționale și cel al controlului judiciar, arată contestatorul, cu consecința reevaluării ofertelor, sens în care, la data de 03.09.2021, autoritatea contractantă a emis Raportul final, conform căruia pe locul 1 se află oferta depusă de ...SRL, iar pe locul 2 se află oferta

Cu toate că și acest rezultat a fost contestat, prin Decizia nr. .../C2/2021 Consiliul a menținut rezultatul procedurii, ...tfel că, susține contestatorul, se află în termenul de așteptare de 11 zile, prevăzut de art. 59 lit. a) din Legea nr. 98/2016, pentru încheierea contractului cu ofertantul câștigător.

Referitor la termenul în care s-a promovat contestația, ... invocă dispozițiile art. 2 din Legea nr. 101/2016, având în vedere vătămarea intereselor sale printr-un „act al autorității contractante”, ...tfel cum este definit la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit cu care noțiunea de „act al autorității contractante” nu este reglementată stricto sensu, cu referire la termenul de „act” ca „instrumentum”, ci înglobează și conduita autorității contractante care, deși obligată de lege și/sau sesizată de partea interesată, omite sau refuză să emită un act sau să întreprindă o operațiune, precizând că, raportat la prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, ...asocierea contestatoare era obligată să promoveze contestația în termenul de 10 zile calculat „din ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim”.

Contestatorul arată că, anterior pronunțării de către CNSC a Deciziei nr. .../C2/13.10.2021, respectiv în data de 30.09.2021, pe

site-ul oficial al Autorității Federale ...pentru Concurență („...”) au fost publicate informații privitoare la finalizarea anchetei începute în 2017 în privința Mai exact, prin comunicatul referit, autoritatea ...că aducea la cunoștință împrejurarea că ...și-a recunoscut culpa în derularea unor activități concertate în domeniul activităților de construcții (practici neconcurențiale tip cartel), context în care a fost de acord să plătească o amendă în cuantum de 62,35 milioane Euro care, prin grija ..., va fi comunicată autorităților fiscale.

Cunoscând cele publicate și fiind evidentă cel puțin necesitatea unor măsuri de investigare proprii, dacă nu chiar incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, contestatorul arată că a notificat ..., prin adresa nr. 1905-ME-TF-CL-32, transmisă prin mail, cât și prin fax, prin care a reamintit acesteia propria conduită în cazul ... și a solicitat luarea măsurilor legale și comunicarea unui răspuns până la data de 19.10.2021.

Având în vedere:

- menținerea de către CNSC a Raportului final prin care oferta pe care o reprezintă s-a cl...at pe locul 2;

- rezultatul final al procedurii comunicat pe care o reprezintă, la data de 09.09.2021, prin adresa nr. 72419 (anterior comunicatului ...);

- luarea la cunoștință în data de 15.10.2021 despre anunțul publicat pe site-ul ... de sancționare a ..., acționar al ...SRL cu o amendă de peste 62 milioane euro privind practici neconcurențiale de tip cartel, practici recunoscute de acesta conform anunțului publicat de autoritatea ...că;

- faptul că la acest moment procedura se află în termenul de așteptare pentru încheierea contractului, prevăzut de art. 59 lit. a) din Legea nr. 101/2016, procedura nefiind finalizată;

- ...ocierea pe care o reprezintă a notificat în aceeași zi autoritatea contractantă și a solicitat ca, până la data de 19.10.2021, să dea eficiență dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016 și să ia măsurile în consecință;

- până la data prezentei ... nu a luat nicio măsură în sensul celor învedereate,

contestatorul arată că situația descrisă se circumscrie unui refuz al ... de a efectua o anumită operațiune în cadrul unei proceduri în derulare, context care legitimează demersul inclusiv din perspectivă temporală.

Drept urmare, în opinia contestatorului, termenul legal de contestare începe să curgă din ziua următoare a termenului în care ...ocierea din care face parte a solicitat adoptarea măsurilor necesare, respectiv începând cu data de 19.10.2021, dată la care ...ocierea contestatoare a luat act de refuzul implicit al ... de a da curs solicitării înaintate.

Contestatorul justifică interesul în formularea contestației, raportat la prevederile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. f) și art. 8

alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la calitatea sa de ofertant situat pe locul 2 în cl...ament.

În continuare, contestatorul prezintă argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire.

Pe fondul cauzei, contestatorul prezintă argumente privind incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 atât pentru ofertantul desemnat câștigător - ...SRL, cât și pentru terțul susținător al acestuia - ..., între cele trei entități, ..., ... și ...S.R.L., existând o unitate economică, comisia de evaluare având obligația verificării incidenței dispozițiilor susmenționate cu aplicarea consecințelor prevăzute de lege.

Față de argumentele prezentate pe larg, contestatorul concluzionează următoarele:

- total neașteptat și contrar atitudinii autorității contractante manifestată pe parcursul procedurii, ace...ta a decis să ignore notificarea transmisă de ...ocierea contestatoare și, în cunoștință de cauză dovedită, a ales să rămână în și să păstreze în procedură ofertantul a cărei reputație profesională și integritate sunt grav afectate;

- atitudinea autorității contractante, total opusă propriilor acțiuni și afirmații reprezintă neîndeplinirea obligației legale de aplicarea a măsurilor reparatorii, mai concret refuzul de emitere a unui act în procedură în vederea analizării ofertei depuse de ofertantul ...SRL a cărei credibilitate profesională și reputație sunt grav afectate;

- până la data prezentei nu există nicio reacție a autorității contractante, motiv pentru care, din poziția de ofertant cl...at pe locul II, ...ocierea contestatoare este vătămată grav în drepturile și interesele sale legitime;

- o eventuală justificare a autorității contractante de menținere și la data prezentei în procedură a ofertantului ...SRL prin invocarea faptului că evaluarea ofertei s-a făcut în baza informațiilor operatorului economic pe care acesta este obligat să le declare în formularul DUAE, nu poate fi primită, deoarece, ca și în cazul primului ofertant eliminat din procedură - ...și în cazul noului ofertant desemnat câștigător - ...SRL, ... avea cel puțin obligația verificării informațiilor puse la dispoziție de ...ocierea contestatoare, chiar dacă acestea nu se regăsesc în formularul DUAE;

- lipsa de reacție a autorității contractante cu consecința menținerii deciziei de atribuire a contractului de achiziție publică către un ofertant care s-a dovedit a fi inacceptabil pentru folosirea unor practici fraudulo...e pe care le-a recunoscut și pentru care a fost penalizat de o autoritate publică din UE nu respectă nici pe departe principiile statuate de legiuitor în materia achizițiilor publice, pe care însăși ... le-a invocat atunci când a avut interes să excludă din procedură un alt ofertant aflat într-o situație similară cu cea a ofertantului ...SRL;

- autorității contractante îi revine obligația legală de a efectua toate verificările ce se impun pentru a stabili dacă ofertantul se

încadrează sau nu în limitele legale mai sus citate care definesc noțiunea de "abatere profesională gravă" și să ia decizia în consecință.

Față de cele menționate, contestatorul susține că autoritatea contractantă a încălcat cel puțin, principiul egalității de tratament manifestat prin denaturarea concurenței, prin menținerea ca fiind câștigătoare a ofertei ... în sarcina căruia au fost reținute abateri profesionale grave sancționate de

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă nu a dat eficiență obligațiilor statuate de legiuitor în sarcina sa, motiv pentru care, în opinia contestatorului, Raportul procedurii este viciat prin menționarea drept acceptabilă a unei oferte depusă de un ofertant al cărui statut este de ...emenea viciat.

Față de cele menționate, contestatorul solicită admiterea contestației ...tfel cum a fost formulată.

Prin punctul de vedere nr. 87358/26.10.2021, înregistrat la CNSC sub nr.56163/26.10.2021, ... SA a solicitat respingerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire, prezentând argumente în acest sens.

Totodată, autoritatea contractantă a invocat excepția tardivității capetelor de cerere care nu au fost formulate în termenul impus de Legea nr. 101/2016, precum și excepția netimbrării/inadmisibilității contestației.

În susținerea excepției tardivității contestației, autoritatea contractantă precizează că, raportat la obiectul contestației, respectiv anularea raportului procedurii și a comunicărilor rezultatului procedurii de atribuire și data transiterii acestora, 03.09.2021, ...ocierea contestatoare nu a respectat termenul legal de 10 zile de la aducerea la cunoștință a rezultatului procedurii.

Referitor la excepția netimbrării/inadmisibilității contestației, autoritatea contractantă precizează că ... nu a anexat contestației dovada constituirii cauțiunii.

În opinia autorității contractante, încercarea contestatorului de a introduce o contestație în afara termenului legal, motivat de o corespondență cu autoritatea contractantă, este de natură a deschide calea către o practică periculo...ă pentru parcursul normal al procedurilor de atribuire care poate conduce la întârzieri semnificative în atribuirea contractelor de achiziții publice.

Totodată, se subliniază de către autoritatea contractantă că raportul procedurii de atribuire a obținut Avizul conform necondiționat nr. 2047/18220/01.09.2021 din partea ANAP, bucurându-se ...tfel de prezumția de legalitate.

Mai mult, se arată că împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire a fost formulată contestație de către ofertantul ..., ace...ta fiind respinsă de către CNSC prin Decizia nr. .../13.10.2021.

Relevant, în opinia autorității contractante, este faptul că în cadrul contestației formulată de către ..., prin concluzii scrise, precum și prin intermediul plângerii introduse la Curtea de Apel București, ace...ta a informat Consiliul cu privire la critica în jurul căreia a fost conturată

Întreaga contestație ce face obiectul prezentului dosar, prin urmare, contestația nu aduce niciun element de noutate fiind incidentă excepția autorității de lucru judecat.

Faptul că nu s-a dat curs solicitării contestatorului în termenul arbitrar și aleatoriu stabilit de ace...ta nu contravine, după cum susține autoritatea contractantă, niciunei prevederi legale, termenul de răspuns fiind de 30 de zile conform art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004.

De ...emenea, contrar alegațiilor contestatorului, autoritatea contractantă precizează că, în urma primirii informațiilor comunicate, a solicitat clarificarea ...pectelor relevante ofertantului cl...at pe locul I, anterior semnării contractului, ofertantul câștigător prezentând prezentat argumente/justificări referitoare la lipsa incidenței motivelor de excludere invocate de contestator.

Autoritatea contractantă menționează ca acest demers a fost efectuat cu respectarea principiului bunei-credințe, deși procesul de evaluare a fost finalizat încă din data de 03.09.2021 și validat atât de către ANAP, cât și de către CNSC, prin pronunțarea Deciziei nr. .../13.10.2021.

Învederează că demersurile criticate de către contestator referitoare la inițierea procedurii de semnare a contractului sunt în deplină conformitate cu prevederile legale în vigoare, ca urmare a publicării în Monitorul Oficial a O.U.G. nr.3/2021, conform căreia, autoritatea contractantă are obligația de a semna contractul cu ofertantul declarat câștigător după decizia favorabilă pe fondul contestației, fundamentat de faptul că prezenta contestație a fost depusă în data de 14.09.2021, iar O.U.G. nr. 3/2021 a intrat în vigoare în cursul lunii august 2021.

Cu privire la eventuala incidență a motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, se menționează că, în cazul în care situația ar fi fost analizată în cadrul procesului de evaluare, nu ar fi condus, în mod automat, la respingerea ofertei depusă de ...SRL, în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ținând cont de măsurile corective adoptate de către .../ ... începând cu anul 2017, așa cum au fost acestea prezentate, pe larg, în adresa nr. 92/86606/22.10.2021.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin cererea de intervenție nr. 3908/29.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 56901/01.10.2021, ...SRL a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție, respingerea ca inadmisibilă a contestației iar, pe fond, respingerea, ca neîntemeiată/nefondată a contestației formulată de și admiterea cererii de intervenție.

În susținere, intervenientul prezintă în sinteză următoarele argumente:

-Contestația este inadmisibilă din mai multe motive. În primul rând a fost formulată în mod tardiv. Raportul procedurii care consemnează admisibilitatea ofertei ...SRL a fost comunicat contestatorului la data de 03.09.2021.

-Termenul de contestare prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016 feste un termen de decădere, ...tfel că nu este posibilă repunerea în termen.

-Transmiterea de către contestator a unei notificări către autoritatea contractantă nu are aptitudinea de a redeschide calea contestării deciziei de atribuire a contractului, afirmația acesteia potrivit căreia termenul de exercitare a dreptului de contestare începe să curgă din data de 19.10.2021 reprezintă o „invenție” care nu poate fi fundamentată pe nicio prevedere legală.

-Cele două capete de cerere privind obligarea ... la luarea unor măsuri de remediere și anularea raportului procedurii, sunt interdependente, fiind inadmisibile deopotrivă, efectul concret urmărit este același la nivelul procedurii de atribuire și anume anularea deciziei de atribuire a contractului.

-Măsurile de remediere solicitate prin primul capăt de cerere pot fi dispuse doar dacă în prealabil se anulează decizia autorității de a atribui contractul, ori, anularea deciziei autorității contractante nu poate fi dispusă de CNSC, deoarece nu s-ar respecta termenul de contestare.

-Consiliul nu poate dispune măsuri de remediere care ar conduce, în realitate, la același efect juridic, anularea actelor ...upra cărora nu s-a formulat contestație în termenul legal.

-Contestația este inadmisibilă și pentru că vizează o pretinsă omisiune a autorității contractante de a adopta un act ca urmare a unui veritabil ultimatum dat autorității contractante de un ofertant, fără nici un temei juridic.

-Omisiunea sau refuzul autorității contractante de a emite un act, ca posibil temei al unei contestații, trebuie să vizeze acte pe care legea sau documentația de atribuire i le impun autorității contractante, simplele solicitări ale operatorilor economici neîndeplinind ace...tă condiție, în lipsa unor prevederi legale/procedurale care să le susțină.

-Pe fondul cauzei, în opinia intervenientului, contestația este neîntemeiată, fundamentul său juridic fiind reprezentat de specularea unor informații apărute în presă.

-Nici societatea sa și nici terțul susținător (...) nu se află sub incidența vreunui caz de excludere prevăzut de legislația achizițiilor publice, nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de lege în acest sens.

-Contestatorul se află în eroare și confundă situația ofertantului ... ("...") cu situația sa, ... fiind sancționat, în mod explicit, de ... care, într-adevăr, aplicând teoria single economic unit, a sancționat întreg grupul ... considerând că practicile fraudulo...e coordonate afectează întregul grup de societăți, inclusiv pe ..., nominalizată expres ca entitate distinctă sancționată de

-Deși contestatorul susține că investigația ... vizează ..., societate față de care este afiliată, ... nu a identificat rațiuni pentru care să sancționeze întregul grup ... și nici să aplice teoria single economic unit, cum s-a întâmplat în cazul sancționării grupului ... de

-Mai mult, nu există nicio decizie de sancționare (judiciară sau administrativă) a oricărei societăți din grupul ..., nici măcar a ..., comunicatul de presă la care face referire contestatorul privește acordul încheiat între ...și ... în contextul investigațiilor derulate de ace...tă instituție.

-Validarea acordului este în competența exclusivă a instanțelor de judecată, care încă nu s-au pronunțat în acest sens.

-De altfel, chiar în comunicatul de presă invocat de contestator ca unică probă a pretențiilor sale este menționat faptul că ... urmează să depună o cerere la Curtea Cartelurilor din ... pentru aplicarea sancțiunii.

-Faptul că o societate este deținută de alta sau că sunt afiliați ai aceluiași grup nu reprezintă o rațiune suficientă pentru aplicarea sau extinderea unei sancțiuni, susținerile contestatorului în acest sens fiind neîntemeiate, în opinia intervenientului.

-Nu există mijloace de probă adecvate în baza cărora ... să constate existența unei abateri profesionale grave, relevante în acest sens fiind și soluțiile Curții Constituționale expuse prin Decizia nr....potrivit cărora excluderea din procedură poate fi dispusă doar în prezența unei hotărâri definitive dispuse de o instanță judecătorească sau de o autoritate administrativă.

-Informarea transmisă în spațiul public se referă la o înțelegere între ... și ..., fără a fi menționat că a fost finalizată investigația și că ar fi fost emisă vreo decizie de sancționare.

În ceea ce privește admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție, raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr.101/2016, coroborat cu art.61 alin.1 și următoarele din CPC, intervenientul susține că interesul legitim de a interveni în prezenta cauză este justificat de interesul său de a menține rezultatul procedurii de atribuire, având în vedere că oferta sa a fost desemnată câștigătoare.

În continuare, intervenientul expune, pe larg, considerentele pentru care apreciază că nu sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Ca temei de drept, invocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr.101/2016, art. 61 și urm. din CPC, art. 21 din Constituția revizuită.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin notele scrise nr.1046/27.10.2021, înregistrate la CNSC sub nr.56463/28.10.2021, ... a răspuns punctual apărărilor formulate de autoritatea contractantă, solicitând respingerea excepțiilor invocate ..., înlăturarea apărărilor formulate cu consecința suspendării procedurii de atribuire, iar pe fondul cauzei, admiterea tuturor capetelor de cerere.

Prin punctul de vedere înregistrat la CNSC sub nr. 57273/02.11.2021, ... S.A a reiterat cele arătate prin punctul de vedere anterior.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, cu adresa nr. 1063/05.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr.58203/05.11.2021, ... a depus concluzii scrise.

Cu adresa nr. 4038/09.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 58546/09.11.2021, ulterior studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, ...SRL a depus note scrise, prin care a combătut cele arătate de contestator prin notele scrise.

Consiliul, relativ la cererea de intervenție formulată de ...SRL, văzând că societatea are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, în calitate de ofertant câștigător, în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod de procedură civilă, o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Cererea de intervenției este una accesorie în interesul autorității contractante, deoarece ...SRL urmărește aceeași finalitate ca și autoritatea contractantă, obiectul cererii de intervenție fiind, în esență, comun cu punctul de vedere al autorității contractante, anume respingerea contestației și menținerea actelor emise în cadrul procedurii, în forma elaborată de comisia de evaluare.

În sensul că ofertanții declarați câștigători nu pot formula decât intervenție accesorie în favoarea achizitorului, s-a pronunțat și practica judiciară, relevantă fiind decizia civilă nr.2760/28.06.2012, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a decis și că, în mod corect, Consiliul a procedat la recalificarea cererii de intervenție ca fiind în interesul autorității contractante, iar nu în interes propriu, dar și decizia nr.4438/26.05.2014, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, decizia nr.2513/31.03.2014, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia și decizia nr.3384/R-CONT/05.09.2014, pronunțată de Curtea de Apel Pitești.

Raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care statuează și asupra ordinii de soluționare a excepțiilor, în contextul invocării de către autoritatea contractantă a:

- excepției tardivității cu privire la capetele de cerere care nu au fost formulate în termenul impus de Legea nr. 98/2016;
 - excepției netimbrării/inadmisibilității contestației, întrucât nu a fost anexată dovada constituirii cauțiunii;
- iar de către intervenientul ...SRL a:

-inadmisibilității contestației în contextul în care capătul de cerere privind anularea Raportului procedurii este tardiv formulat, iar cel privind luarea de măsuri de remediere este inadmisibil, ceea ce atrage și inadmisibilitatea celui privind anularea Raportului procedurii, Consiliul, în temeiul art. 248 alin. (4) C.proc.civ., va uni excepțiile cu fondul, deoarece soluționarea lor presupune administrarea aceluiași probatoriu ca pentru soluționarea fondului, mai puțin excepția netimbrării/inadmisibilității contestației pentru neconstituirea cauțiunii, care se impune a fi soluționată, cu prioritate, întrucât constituirea cauțiunii reprezintă o condiție de admisibilitate a contestației.

...tfel, analizând excepția netimbrării/inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă din considerentul că ... nu a făcut dovada constituirii cauțiunii, Consiliul o va respinge, dat fiind faptul că, la dosarul cauzei, a fost depusă, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207595067/1/21.10.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., în cuantum de 2.000.000 lei, fiind respectate dispozițiile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În soluționare, pentru buna înțelegere a contextului în care demersul de față a fost promovat, apreciază Consiliul a fi util prezentarea unui istoric al procedurii.

Astfel, ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN.../09.03.2019.

Valoarea estimată a contractului este de 2.000.162.437 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii au fost depuse 10 oferte, în urma evaluării cărora a fost încheiat raportul procedurii f.n. și neaprobat de reprezentantul legal al autorității contractante, prin care comisia de evaluare a decis desemnarea drept câștigătoare a ofertei depusă de ..., cu un punctaj de 100 puncte și un preț de 1.542.122.835,90 lei, fără TVA.

Prin adresa de clarificări nr. 24/5081/10.08.2020, comisia de evaluare a solicitat clarificări referitoare la propunerea tehnică și corelarea acesteia cu propunerea financiară.

Urmare adresei mai sus indicată, ofertantul menționat a formulat contestația soluționată prin decizia CNSC nr. ...din 07.09.2020, în sensul admiterii acesteia, anulării actului atacat și continuarea procedurii.

Decizia de mai sus a fost atacată cu plângere de către autoritatea contractantă ..., cale de atac soluționată de Curtea de Apel București, prin Hotărârea civilă nr. 1859/19.10.2020, în sensul respingerii acesteia.

Continuând procedura, comisia de evaluare a emis raportul procedurii de atribuire nr. 24/2928/04.03.2021, prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de ...S.R.L., cu un punctaj de 100 puncte și având o propunere financiară de 1.678.873.121,77 lei, fără TVA.

Nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale întemeiată pe dispozițiile art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, pentru motivele de excludere reglementate de prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) și lit. h) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, ... a depus contestația soluționată de CNSC prin decizia nr. .../30.03.2021, în sensul respingerii ei.

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de ..., precum și de autoritatea contractantă și ...SRL, căi de atac soluționate prin Decizia civilă nr. 1230/08.06.2021, în sensul admiterii plângerii depusă de ...și respingerii celorlalte plângeri.

Ulterior, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. 24/10122/03.09.2021, prin care a desemnat câștigătoare aceeași ofertă, depusă de ...SRL.

Nemulțumit și de data aceasta de decizia de respingere a ofertei sale, întemeiată pe aceleași motive ca în precedent, ... a depus contestația soluționată de Consiliu prin decizia nr. .../13.10.2021, în sensul respingerii ei.

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de ..., cale de atac aflată spre competentă soluționare pe rolul Curții de Apel București.

Procedura de atribuire este suspendată de drept în momentul de față urmare a depunerii prezentei contestații, în raport cu dispozițiile art. 9 alin. (4) și (5) din Legea nr. 101/2106, pentru argumentele detaliate în cadrul Încheierii nr. .../27.10.2021, prin care s-a soluționat cererea de suspendare a procedurii formulată de

În contextul mai sus prezentat, la data de **22.10.2021**, ..., lider al formată din și, a investit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând, pe lângă suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, următoarele:

- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere în privința ofertantului ...SRL, respectiv constatarea incidenței dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016 cu consecința excluderii/respingerii acestuia din procedură;

- ca o consecință a celor solicitate anterior, anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 24/10122/03.09.2021, precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acesta (procese-verbale de evaluare, decizii, adresele privind desemnarea ofertantului ...SRL câștigător, precum și cea prin care i s-a comunicat contestatoare rezultatul procedurii;

- obligarea autorității contractante la continuarea și finalizarea procedurii de atribuire cu restul ofertanților desemnați admisibili, cu respectarea prevederilor legale din materia achizițiilor publice.

Reține Consiliul că oferta menționate, așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 24/10122/**03.09.2021**, este clasată pe locul 2, rezultat despre care contestatorul a luat cunoștință, după cum însuși recunoaște în motivarea contestației, la data de **09.09.2021**, din adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 72419.

Susține contestatorul că demersul său este unul efectuat în termenul legal de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2106, întemeiat pe dispozițiile art. 2 din Legea nr. 101/2016, în contextul vătămării intereselor printr-un „*act al autorității contractante*”, ...tfel cum este definit la art. 3 alin. (1) lit. a) teza finală din același act normativ.

Precizează că anterior pronunțării de către Consiliu a deciziei nr. .../C2/2021, respectiv în data de **30.09.2021**, pe site-ul oficial al Autorității Federale ... pentru Concurență (...) au fost publicate informații privitoare la finalizarea anchetei începută în anul **2017** împotriva Mai exact, prin comunicatul menționat, autoritatea contractantă a adus la cunoștință împrejurarea că ...și-a recunoscut

culpa în derularea unor activități concertate în domeniul activităților de construcții, context în care a fost de acord să plătească o amendă în cuantum de 62,35 milioane euro care, prin grija ..., va fi comunicată autorității fiscale.

Cunoscând cele publicate și fiind evidentă cel puțin necesitatea unor măsuri de investigare proprii, dacă nu chiar incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr.98/2016, arată contestatorul că a înaintat autorității contractante adresa nr. 1905-ME-TF-CL-32, prin care amintind acesteia propria conduită în situația ofertantului ..., a solicitat luarea măsurilor legale și comunicarea unui răspuns până la data de **19.10.2021**, ceea ce nu s-a întâmplat, astfel că a depus contestația de față.

Dovada celor afirmate o face contestatorul cu adresa nr. 1905-ME-TF-CL-32/**15.10.2021**, transmisă autorității contractante prin fax și mail, și cele publicate de

Stabilește Consiliul din parcurgerea contestației că ... este nemulțumit de refuzul autorității contractante de a adopta măsuri de remediere urmare a adresei nr. 1905-ME-TF-CL-32/**15.10.2021**, căreia contestatorul ar fi dorit să i se dea curs în sensul cerut, până la data de **19.10.2021**.

Aceasta fiind situația de fapt relevată și probată de contestator, care, în opinia sa, legitimează demersul de contestare, Consiliului îi revine sarcina de a stabili dacă prezenta contestație este promovată cu respectarea prevederilor legale aplicabile, aspect contestat de autoritatea contractantă și intervenient.

Este fără putință de tăgadă că ... a depus contestația la mai mult de o lună de la data aflării rezultatului procedurii, dar și că, prin demersul de față, urmărește infirmarea acestui rezultat materializat în raportul procedurii nr. 24/10122/03.09.2021, respectiv înlăturarea ofertei desemnată câștigătoare, depusă de ...SRL, și reevaluarea ofertelor admisibile, ceea ce-i ...igură urcarea pe prima poziție în clasament.

Potrivit art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016,

Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.

Termenul legal de contestare a rezultatului procedurii, determină Consiliul, raportat la tipul contractului care urmează a fi încheiat, respectiv contract de lucrări, și la valoarea estimată a acestuia, de 2.000.162.437 lei, este cel prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din lege, după cum arată și contestatorul, potrivit cu care:

(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea

estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.

Așadar, ... avea obligația de a contesta rezultatul procedurii în termen de 10 zile de la data la care a luat cunoștință despre acesta, termen care, calculat conform sistemului intermediar de calcul prevăzut la art. 5 din Legea nr. 101/2016, s-a împlinit luni **11.10.2021**.

Contestatorul a rămas în pasivitate ulterior rezultatului procedurii de atribuire, ceea ce denotă faptul că a fost mulțumit de acesta, pentru ca, mai apoi, să formuleze prezenta contestație criticând refuzul autorității contractante de a da curs solicitării sale de adoptare de măsuri de remediere.

În raport cu prevederile legale enunțate, ținând seama de data primirii rezultatului procedurii, Consiliul determină că orice critică a ... cu privire la respectivul rezultat este tardivă, astfel fiind și solicitarea de anulare a raportului procedurii de atribuire nr. 24/10122/03.09.2021, așa cum corect invocă autoritatea contractantă și intervenientul.

Contestatorul, însă, critică refuzul autorității contractante de a adopta măsuri de remediere urmare a notificării sale, respectiv conduita autorității contractante care, deși obligată de lege și/sau sesizată de partea interesată, omite sau refuză să emită un act sau să întreprindă o anumită operațiune în cadrul unei proceduri de atribuire, solicitând, în principal, obligarea autorității contractante să dispună măsurile de remediere care se impun în procedură față de ...SRL, iar, pe cale de consecință, anularea raportului procedurii.

Susține că „actul” autorității contractante criticat se circumscrie prevederilor art. 3 alin. (1) lit. a) teza finală din Legea nr. 98/2016, iar termenul legal de contestare a început să curgă de la data la care autorității contractante i s-a solicitat să răspundă, anume de la data primirii de către aceasta a adresei nr. 1905-ME-TF-CL-32/15.10.2021.

În raport cu această perspectivă, se impune a fi stabilit dacă termenul de contestare de 10 zile curge de la data primirii de către autoritatea contractantă a adresei susmenționate sau de la data comunicării rezultatului procedurii de atribuire.

Relevante în dezlegarea acestei probleme sunt prevederile legale invocate de contestator, respectiv:

- Art. 2 alin. 1 din Legea nr. 101/2016:

(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.;

- Art. 3 alin. (1) lit. a din același act normativ:

În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

a) act al autorității contractante - 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**, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

Din economia acestora, Consiliul reține că refuzul autorității contractante de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune se circumscrie noțiunii de „act al autorității contractante”, noțiune ce trebuie interpretată *lato sensu*, de *instrumentum* și *negotium* (operațiune juridică), așa cum corect susține contestatorul, și nu doar *stricto sensu*, de *instrumentum*.

Așadar, legea recunoaște persoanei care se consideră vătămată de un act al autorității contractante în înțelesul de mai sus, dreptul să solicite emiterea unui act sau adoptarea unei măsuri de remediere, pe cale administrativ-jurisdicțională sau în justiție.

Cum ... a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 1905-ME-TF-CL-32/15.10.2021, adoptarea de măsuri de remediere legate de un act emis în cadrul procedurii, iar aceasta a refuzat să dea curs, Consiliul apreciază că, de principiu, contestatorul se regăsește în ipoteza pe care o susține, situație în care contestația depusă la data de 22.10.2021 apare ca depusă în termenul legal. Aceeași concluzie se impune și în situația în care s-ar considera că momentul care marchează începutul curgerii termenului este data de **19.10.2021**, a expirării termenului acordat de contestator în vederea primirii răspunsului.

Mergând mai departe, ceea ce nu poate fi ignorat în speța de față este faptul că ... reclamă refuzul autorității contractante de a adopta măsuri de remediere legate de rezultatul procedurii de atribuire consfințit în raportul procedurii nr. 24/10122/03.09.2021, rezultat despre care a luat cunoștință la data de **03.09.2021**.

Măsurile de remediere necesare în opinia contestatorului sunt, așadar, indisolubil legate de raportul procedurii de atribuire nr. 24/10122/03.09.2021, iar adoptarea lor presupune o intervenție ...asupra actului arătat prin modificarea lui în parte, așa cum, de altfel, contestatorul solicită explicit în cadrul capătului 2 al contestației.

Prin urmare, distincție între măsurile de remediere solicitate a fi adoptate și anularea parțială a raportului procedurii, reține Consiliul a fi doar la nivel formal.

În opinia Consiliului, prevederile legale ce preced nu pot fi privite izolat de celelalte dispoziții ale legii, cu care formează corp comun, astfel încât, în contextul în care rezultatul procedurii materializat în

raportul procedurii nr. 24/10122/03.09.2021 nu a fost contestat în termenul legal, ..., care și-a însușit rezultatul procedurii în forma stabilită de autoritatea contractantă, nu mai poate solicita anularea respectivului înscris nici măcar drept consecință, așa cum a înțeles să facă.

Legislația în vigoare nu conține vreo prevedere derogatorie de la termenele de formulare a contestației, prevăzute de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, nerespectarea lor fiind sancționată cu decăderea persoanei ce se consideră vătămată din dreptul de a mai formula vreo critică cu privire la actul presupus vătămător.

Practica CNSC și a instanțelor de judecată este constantă în sensul în care purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă, în speța de față, pe marginea temeiniciei rezultatului procedurii de atribuire, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă acesta. Dacă s-ar admite interpretarea contrară, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Dacă existau obiecțiuni de orice fel cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, contestatorul trebuia să procedeze la contestarea lui înainte de expirarea termenului legal, iar nu să stea în pasivitate și să considere, mai apoi, că o așa zisă notificare prorogă termenul de contestare.

Nici împrejurarea că ... ar fi luat cunoștință despre situația care l-a determinat să notifice autoritatea contractantă ulterior epuizării termenului de contestare a rezultatului procedurii, nu reprezintă, în opinia Consiliului, un argument de natură a înfrânge caracterul imperativ al termenelor de promovare a căii de atac a contestației, perspectivă din care demersul menționat apare a fi unul fără vreo utilitate.

Este adevărat că procedura de atribuire nu este în prezent finalizată prin încheierea contractului, în accepțiunea art. 211 din Legea nr. 98/2016, însă nu se poate considera că ofertanții pot contesta actele procedurii oricând până la momentul menționat, fără a ține seama de termenele în care fiecare dintre ele poate fi atacat, așa cum încearcă contestatorul să obțină.

Dincolo de ace...tă concluzie, nu poate fi omis faptul că, așa cum rezultă din susținerile contestatorului, la data limită de depunere a ofertelor, stabilită pentru 29.08.2019, investigația la care face referire acesta nu era finalizată, motiv pentru care nu se poate imputa ...SRL modul de completare DUAE.

Situația ...SRL nu este, prin urmare, similară celei în care s-a regăsit ofertantul

Acceptând că demersul de contestare a fost efectuat în termen față de refuzul autorității contractante de a da curs solicitării contestatorului, câtă vreme admiterea contestației nu poate avea finalitatea dorită de contestator, se impune respingerea ei, ca nefondată, criticile contestatorului fiind evident tardive.

Luând în considerare ace...tă concluzie, apreciază Consiliul că demersul de contestare al ... nu poate fi întemeiat, în realitate, pe dispozițiile art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, refuzul autorității contractante criticat de contestator fiind altul decât cel vizat de legiuitor în legislația achizițiilor publice.

Întemeierea contestatorului pe dispozițiile menționate este doar una aparentă, menită a justifica un demers care, în fapt, nu are suport legal, așa cum corect arată intervenientul, ci reprezintă un artificiu la care contestatorul a recurs considerând că poate obține infirmarea rezultatului procedurii pe care era decăzut din dreptul de a-l mai contesta.

Având în vedere cele mai sus enunțate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația depusă de, ca nefondată.

Față de soluția prefigurată, va fi admisă cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de ...SRL.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile netimbrării/inadmisibilității contestației și tardivității contestației, invocate de ... SA și ...SRL.

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de, în contradictoriu cu ... SA.

Admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de ...SRL.

Obligatorie.

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

...