



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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., înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de cu sediul în, având CUI, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată de, director general, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr., emisă de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect....., cod CPV, s-a solicitat anularea adresei de comunicare nr., respectiv anularea excluderii ofertei și declararea acesteia ca acceptabilă.

**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 adresa de comunicare nr., solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...precizează că, prin solicitarea de clarificari nr., autoritatea contractantă a dorit lămuriri având în vedere decizia nr. emisă de Consiliul Concurenței și faptul că în DUAЕ, la secțiunea referitoare la informații privind încadrarea la prevederile art. 167 s-a menționat „nu”, în sensul justificării neîncadrării

ofertei sale la prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) și lit h) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea arată că, prin adresa nr., a precizat că Decizia nr., emisă de Consiliul Concurenței, a fost contestată în termenul legal și face obiectul dosarului nr. ..., aflat pe rolul ICCJ.

Prin solicitarea de clarificari nr., după cum se arată, autoritatea contractantă a dorit lămuriri privind acțiunile civile în despăgubire îndreptate împotriva contestatoarei pentru repararea prejudiciilor, cooperarea activă cu autoritatea de concurență, dovada măsurilor luate.

Contestatoarea arată că a depus adresa nr. precizând că, deși se încadrează în prevederile art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și nu are obligația de a răspunde la aceste întrebări, a arătat nu au fost solicitate despăgubiri.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că a fost reținută ca circumstanță atenuată colaborarea în mod efectiv și deplin cu autoritatea de concurență pe parcursul investigației, precum și aplicarea la nivelul întreprinderii a unui program de asigurare a conformității cu legislația în domeniul concurenței.

La solicitarea de clarificări nr. prin care autoritatea contractantă a solicitat dovada plății amenzii în cuantum de lei dispusă prin Decizia nr., contestatoarea arată că a depus adresa nr. la care a atașat dovada achitării amenzii.

De asemenea, susține că prin solicitarea de clarificari nr., autoritatea contractantă a cerut dovada programului de conformare cu legislația în domeniul concurenței și dovada implementării acestuia, raportat la Decizia și, răspunzându-se solicitării, a fost depusă adresa nr. la care s-au atașat documentele cerute.

În dezvoltarea motivelor de fapt și de drept, contestatoarea arată că, prin Decizia nr., având la baza Ordinul nr. de deschidere a investigației, a fost sanctionată, deși acest Ordin a vizat în exclusivitate procedurile de achiziție publică organizate de, nu și pe cele organizate de filialele acesteia -, în legătură cu care a fost investigată, fiindu-i încălcat dreptul la apărare.

Presupusul „cartel” la care ar fi participat împreună cu, are ca obiect procedurile de achiziții publice organizate de referitoare la Modernizare firide de distribuție cu contorizare la parterul blocurilor cu montare sistem automat de citire la distanță a contoarelor utilizând ... iar Conform Regulamentului CPV, atribuite licitațiilor la care a participat au fost CPV:, care se referă la, și CPV Procedurile de achiziție publică ce au ca obiect principal achiziția de contoare și echipamente conexe sunt lansate cu codul CPV, nu în categoria 45.

Prin Decizia nr., după cum se arată, autoritatea de concurență sancționează urmărire a participării la licitațiile organizate de, privind lucrări de modernizare a rețelei electrice de distribuție de joasă

tensiune și instalare sisteme automate de citire (....), deși nu sunt incluse în Ordin.

Contestatoarea susține că a contestat Decizia nr. emisă de Consiliul Concurenței, întrucât singura înțelegere cu a fost cea din anul 2009, când a participat în asociere la o licitație și a fost declarată asocierea la autoritatea contractantă.

De asemenea, contestatoarea arată că din Decizia nr. rezultă cooperarea activă, implicată și cu bună credință a sa pe toata durata investigației desfășurată de către Consiliul Concurenței.

Totodată, precizează că societatea sa a luat și măsuri în vederea respectării normelor de concurență.

Astfel, deși au fost aplicate dispozițiile art. 175 alin (5) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă a respins conformitatea programului de conformare al, cu toate că acesta a fost validat de către autoritatea de concurență, declarând oferta inacceptabilă și ignorând total prevederile art. 175 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 care prevede neexcluderea sa de la procedura de achiziție publică.

Contestatoarea menționează că excluderea dintr-o procedură de achiziții publice sau concesiuni încalcă prevederile art. 171 alin (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, ale art. 184 alin (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016 și ale art. 84 alin (5) lit. b) din Legea nr. 100/2016.

De asemenea, arată că potrivit dispozițiilor legale, excluderea nu mai este posibilă după împlinirea unui termen de 3 ani:

- „de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant” (Legea nr. 98/2016);
- „de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant” (Legea nr. 99/2016);
- „de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant” (Legea nr.100/2016).

Or, în cazul, autoritatea contractantă a calculat, în mod eronat, termenul de 3 ani în raport cu Decizia Consiliului Concurenței nr., avînd în vedere că fapta reținută în sarcina societății, prin această decizie, s-a produs în perioada

Contestatoarea arată că termenul de 3 ani a expirat cel mai târziu la data de ..., orice altă concluzie fiind contrară prevederilor în materia achizițiilor publice, care arată că termenul de excludere se calculează de la data la care s-a produs fapta sau s-a săvârșit fapta.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 8 alin (1), art. 10 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, toate dispozițiile legale invocate în cuprinsul acesteia, precum și art 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, Legea nr. 98/2016, Legea nr. 99/2016, Legea nr. 100/2016, HG nr. 395/2016.

În probatoriu, contestatoarea înțelege să se folosească de proba cu înscrisuri, precum și de alte probe ce rezultă din dezbateri.

Cu adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr., ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de, solicitând respingerea acesteia.

Prezentând un istoric al procedurii, autoritatea contractantă, cu privire la situația de excludere a contestatorului, menționează că, în baza procesului verbal nr., i-au fost solicitate clarificări, prin adresa nr., cu privire la faptul că oferta sa nu se încadrează la prevederile art. 167 alin. (1), lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă arată că a răspuns solicitării de clarificări menționând că Decizia nr. emisă de Consiliul Concurenței a fost contestată în termenul legal și face obiectul dosarului nr. aflat pe rolul ICCJ, și pentru care nu există o hotărâre definitivă.

Totodată, autoritatea contractantă arată că autorul contestației a menționat că nu i-a fost aplicată măsura interdicției de a participa la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică. De asemenea, a declarat că, prin completarea DUAЕ, nu a denaturat realitatea, deoarece nu există o hotărâre definitivă după contestarea deciziei. În apărarea sa, contestatoarea a invocat și prescripția celor constatate în Decizia nr.

Autoritatea contractantă menționează că, în baza procesului-verbal nr., a solicitat clarificări cu privire la dovezile pentru întreprinderea măsurilor de autoreabilitare, respectiv:

- plata sau asumarea obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta ilicită,

- dovada clarificării faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă fapta ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care au efectuat investigația în condițiile în care din Decizia nr. rezultă că singura care a cooperat cu Consiliul Concurenței a fost,

- dovada măsurilor concrete pentru a preveni noi abateri, pe care le-a luat la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal.

Autoritatea contractantă arată că a răspuns solicitării de clarificări, prin adresa nr., explicând situația confirmată prin Decizia nr., astfel că, în baza procesului-verbal nr. a decis că ofertantul a răspuns conform solicitărilor.

Potrivit procesului-verbal nr., comisia de evaluare a analizat, după cum se arată, încă o dată situația referitoare la Decizia nr. în contextul prevederilor legale și al hotărârilor Curții Europene de Justiție în materie.

Autoritatea contractantă învederează că, în data de, a fost publicată pe site-ul ANAP Notificarea cu privire la opinia comună emisă de Președintele ANAP și președintele Consiliului Concurenței în baza căreia ANAP a emis avizul condiționat nr. ... privind procesul verbal nr.

Autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. ... transmisă Consiliului Concurenței s-a solicitat un punct de vedere prin care să fie

comunicat dacă măsurile luate de către și dovezile prezentate sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea și a nu se afla în situațiile de excludere din procedura de achiziție publică.

Consiliul Concurenței a răspuns solicitării autorității contractante prin adresa nr. menționând că a beneficiat de un regim de sancționare mai favorabil ca urmare a reținerii circumstanțelor atenuante.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, Consiliul Concurenței a recomandat în punctul de vedere că, în evaluarea proprie, să țină cont de faptul că pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere de la procedura de atribuire, un operator economic poate furniza și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația în domeniul concurenței.

Urmare a recomandărilor primite, comisia de evaluare a solicitat să depună programul de conformare cu legislația din domeniul concurenței conform Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, precum și dovada implementării efective a programului de conformare cu legislația din domeniul concurenței conform Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență.

Autoritatea contractantă arată că a răspuns, prin adresa nr., comisia de evaluare constatând că nu a fost depus programul/manualul de conformare cu legislația din domeniul concurenței, precum și faptul că training-ul este aferent anului 2017 și nu este însoțit de dovada derulării lui efective, lista cu personalul participant nefiind semnată conform mențiunilor din Decizia nr.

Referitor la capetele de cerere din contestație prin care contestă excluderea din procedură în baza art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă consideră că ar trebui menținută decizia comisiei de evaluare, contestația fiind nefondată având în vedere următoarele considerente

1. Contestatorul se află în situația de a fi comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea.

2. Consiliul Concurenței nu a confirmat faptul că dovezile depuse de contestator sunt suficiente, ci dimpotrivă recomandă autorității contractante solicitarea dovezii unui program de asigurare a conformității cu legislația din domeniul concurenței.

3. SC nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări.

4. Susținerile contestatoarei în sensul că excluderea nu poate opera deoarece faptele au fost săvârșite în urmă cu opt ani, nu sunt relevante în contextul în care există o hotărâre a Curții Europene de Justiție C-124/17 din 24.10.2018, prin care se stabilește că data producerii evenimentului este data deciziei emisă de autoritatea contractantă.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie, documentele din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., ...transmite *note scrise*, prin care răspunde apărărilor formulate de autoritatea contractantă, reiterând cele susținute în cuprinsul contestației, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

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

....., în calitate de autoritatea contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *pentru vehicule electrice în*", cod CPV, sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. Conform anunțului, valoarea estimată a contractului este de lei, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Până la data limită de depunere a ofertelor, au depus ofertă 9 operatori economici, printre care și

În urma finalizării evaluării ofertelor, în privința ofertei depusă de, autoritatea contractantă a constatat, prin raportul procedurii nr., că sunt incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 și art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În concret, autoritatea contractantă a reținut că se află în cazul în excludere instituit de art. 167 alin. (1) lit. 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 și, totodată este și inacceptabilă*, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, fiind consemnate următoarele:

În urma solicitării de clarificare referitoare la depunerea programului/manualului de conformare cu legislația în domeniul concurenței și dovada implementării lui, comisia de evaluare a constatat faptul că:

- Nu a fost depus programul/manualul de conformare cu legislația din domeniul concurenței;

- Referitor la documentele depuse, training-ul este aferent anului 2017 și nu este însoțit de dovada derulării lui efective, lista cu personalul participant nefiind semnată conform mențiunilor din Decizia articolul 3;

- Suplimentar, comisia consideră că efectuarea unui training în anul 2017, nu face dovada implementării unei politici continue de respectare a legislației în domeniul concurenței. Prin neprezentarea programului/manualului de conformare cu legislația în domeniul concurenței și prin prezentarea doar a slide-urilor aferente unui training neînsoțite de dovada derulării acestuia, nici chiar în anul 2017, ... nu dovedește că a adoptat măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal în sensul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Soluția de mai sus a fost comunicată ofertantului prin adresa nr., intitulată *comunicare privind rezultatul procedurii de atribuire*.

....., consemnând și cauțiunea aferentă, a formulat prezenta contestație solicitând anularea adresei de comunicare a rezultatului,

respectiv anularea excluderii ofertei și declararea ofertei ca fiind acceptabilă.

Consiliul are în vedere că, prin *Decizia nr.*, Consiliul Concurenței a reținut, printre altele, încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din *Legea concurenței* și art. 101 din *Tratat* de către întreprinderile și prin participarea la o înțelegere și/sau practică concertată unică și continuă constând în împărțirea pieței comercializării contoarelor și echipamentelor conexe de măsurare a energiei electrice din România, în cadrul procedurilor de atribuire de către a contractelor pentru lucrări de modernizare a contorizării energiei electrice la blocurile de locuințe din zona de activitate a filialelor respective. În temeiul art. 55 alin. (1) lit. a) din *Legea concurenței nr. 21/1996*, ...a fost sancționată cu amendă în valoare de lei, reprezentând din cifra de afaceri totală realizată în anul 2016.

Acesta este motivul pentru care, în baza celor hotărâte în cadrul procesului-verbal nr., membrii comisiei de evaluare au solicitat, printre altele, următoarele (a se vedea adresa nr.):

(...)

2. Având în vedere:

- Decizia nr. emisa de Consiliul Concurenței
- Faptul ca în DUAЕ, la secțiunea referitoare la informații privind încadrarea la prevederile art. 167 - abateri profesionale grave - ati mentionat "Nu"

Va rugam clarificați justificând cum considerați ca oferta dvs nu se încadrează la prevederile art. 167 alin. 1, litera c) și litera h) din *Legea 98/2016*.(...)

Prin adresa de răspuns nr., ...a susținut că, prin completarea DUAЕ, nu a denaturat realitatea întrucât Decizia nr. emisă de Consiliul Concurenței, a fost contestată în termenul legal și face obiectul dosarului nr. aflat spre soluționare pe rolul ICCJ și pentru care încă nu există o hotărâre definitivă. Totodată, a arătat că a fost implementat un program de conformare la regulile concurenței comerciale, a fost achitată amenda și nu i-a fost aplicată măsura interdicției de a participa la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, motiv pentru care nu se încadrează în prevederile art. 171 alin. (4) din *Legea nr. 98/2016*. De asemenea, a pus în vedere autorității contractante că situațiile de excludere prevăzute la art. 167 nu se aplică întrucât a trecut o perioadă mai mare de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant, respectiv 8 ani.

Ulterior, în baza procesului-verbal nr., comisia de evaluare a decis revenirea cu o nouă solicitare adresată ofertantului (a se vedea adresa nr.) cu următorul conținut:

Punctul II

Având în vedere prevederile art 171 din *Legea 98/2016* și Decizia Consiliului Concurenței nr va rugam sa ne comunicați urmatoarele:

1. Datele de identificare (nr dosar și instanța) pentru acțiunile civile în despăgubire introduse împotriva pentru repararea prejudiciilor create prin comportamentul necorespunzător al acesteia, constatat prin Decizia

2. Prezentați dovezile pentru întreprinderea următoarelor măsuri de autoreabilitare:

2.1 Plata sau asumarea obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta ilicită

2.2 Dovada ca ați clarificat complet faptele și împrejurările în care a fost comisă fapta ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care au efectuat investigația în condițiile în care din Decizia nr. rezulta ca singura care a cooperat cu Consiliul Concurenței a fost

2.3 Dovada măsurilor concrete pentru a preveni orice noi abateri, pe care le-a luat
.....la nivel

- Tehnic
- Organizațional
- În materie de personal

Măsurile la care se refera punctul 2.3 vor fi în sensul celor menționate de art. 171 alin. 3 din Legea nr. 98/2016 cum ar fi:

Eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător

Măsurile 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.

Răspunzând solicitării, prin adresa nr., ofertantul a susținut, (deși, în aprecierea acestuia, nu i se aplică excluderea prevăzută la art. 167 din Legea nr. 98/2016), că nu sunt solicitări în instanță privind acțiuni civile în despăgubire introduse împotriva sa pentru repararea prejudiciilor, întemeiate pe dispozițiile OUG nr. 39/2017, invocând drept circumstanțe atenuante colaborarea în mod efectiv și deplin cu Consiliul Concurenței pe parcursul perioadei de investigație și aplicarea la nivelul întreprinderii a unui program de asigurare a conformității cu legislația în domeniul concurenței. Totodată, a supus atenției faptul că, având în vedere că se încadrează la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nu are obligația de a prezenta dovezi pentru demonstrarea în concret a credibilității.

Răspunsul a fost considerat mulțumitor de către membrii comisiei de evaluare, care, în cuprinsul procesului-verbal nr., au consemnat că a depus diligențele necesare în vederea demonstrării fiabilității și credibilității și, în ipoteza în care, ofertantului ar urma să-i fie solicitate documentele de susținere DUAЕ, certificatele privind situația datoriilor financiare vor releva situația privind plata amenzilor. În situația în care nu va fi confirmată afirmația ofertantului că amenda a fost plătită, acesta va fi exclus din procedura.

În procesul-verbal nr., comisia de evaluare a analizat încă o dată situația ofertantului referitoare la Decizia în contextul prevederilor legale și al hotărârilor Curții Europene de Justiție, concluzionând că au fost depuse suficiente dovezi de *self cleaning*.

Urmare a verificării procesului-verbal nr., experții Agenției Naționale pentru Achiziții Publice au emis *Avizul Conform Condiționat nr.*, trasând în sarcina comisiei de evaluare, solicitarea unui punct de vedere Consiliului Concurenței în sensul precizării dacă măsurile luate de operatorul economic și dovezile prezentate în susținerea acestora raportat la sancțiunile aplicate prin Decizia nr..... sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea și a nu se afla în situațiile de excludere. Totodată, experții ANAP au dispus solicitarea de clarificări către cu privire la neconcordanța dintre suma prevăzută în certificatul de atestare fiscală emis de DGAMC cu nr., la pag. 2, punctul III, poziția 2 „*Creanțe garantate/Venituri din amenzi*” respectiv lei și suma din Ordinul de Plată nr. ... din data de, respectiv lei, având în vedere că acesta a menționat că a achitat amenda, acest lucru nefiind conform cu consemnarea din act.

Cele dictate de experții ANAP au făcut obiectul adresei nr. ..., transmisă de către, Consiliului Concurenței, care, în punctul său de vedere (nr.), a susținut că, în conformitate cu prevederile legislației în domeniul concurenței, întreprinderea a beneficiat de un regim sancționator mai favorabil ca urmare a reținerii unor circumstanțe atenuante. Având în vedere Opinia comună (*Opinia comună ANAP – Consiliul Concurenței cu privire la dovezile pe care le poate furniza un operator economic autorității contractante în vederea demonstrării credibilității potrivit prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice...*) precum și faptul că nu a beneficiat de aplicarea unui regim sancționator mai favorabil, ca urmare a aplicării politicii de clemență și/sau a procedurii de recunoaștere a faptei, s-a recomandat autorității contractante, ca în evaluarea proprie, să țină cont de faptul că pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere de la procedura de atribuire, un operator economic poate furniza autorității contractante și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform *Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență*, disponibil pe pagina de internet a Consiliului Concurenței. În final, s-a subliniat faptul că evaluarea dovezilor prezentate de un ofertant sancționat printr-o decizie a unei autorități de concurență, în vederea demonstrării credibilității sale, în sensul prevederilor art. 171 din Legea achizițiilor publice, cade în sarcina autorității contractante care poate stabili dacă acestea sunt suficiente pentru a nu exclude întreprinderea din procedura de achiziție publică, ținând cont totodată de condițiile existente pe piață.

Ca urmare a recomandărilor primite de la Consiliul Concurenței, comisia de evaluare a solicitat, prin intermediul adresei nr., depunerea planului de conformare cu legislația din domeniul concurenței întocmit conform *Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență*,

precum și dovada implementării efective a programului de conformare cu legislația din domeniul concurenței.

Prin intermediul răspunsului său nr., ...susține că depune *programul conformare cu regulile concurenței din – lector av. și decizia nr. privind obligativitatea participării la programul de conformare.*

Urmare a analizării răspunsului, concluziile membrilor comisiei de evaluare au fost consemnate în procesul-verbal nr. și sunt cele comunicate și în adresa de transmitere a rezultatului redată mai sus.

Aceasta fiind situația de fapt, în continuare, Consiliul va analiza incidența în cauză a cazului de excludere pe care s-a întemeiat soluția autorității contractante, având în vedere dispozițiile aplicabile din Legea nr. 98/2016 care prevăd:

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;

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.

(...)

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

(...)

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

În raport de aceste dispoziții, în mod corect s-a apreciat de către autoritatea contractantă că nu este incidentă excepția prevăzută la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în ceea ce privește curgerea termenului de trei ani prevăzut de legislația privind achizițiile publice, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea sa pronunțată la 24 octombrie 2018, în *Cauza C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH împotriva Stadtwerke München GmbH)* a statuat următoarele:

38. În speță, comportamentul care intră sub incidența motivului de excludere relevant **a fost sancționat printr-o decizie a autorității competente**, pronunțată în cadrul unei proceduri reglementate de dreptul Uniunii sau de dreptul național și prin care se urmărește constatarea unui comportament ilicit în raport cu o normă de drept. În această situație, **din motive de coerență cu calculul termenului prevăzut pentru cauzele de excludere obligatorii, dar și de previzibilitate și de securitate juridică, este necesar să se considere că durata de trei ani prevăzută la articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 se calculează de la data acestei decizii.**

39. Această soluție pare cu atât mai justificată cu cât, astfel cum a subliniat avocatul general la punctele 83-85 din concluzii, **existența unor comportamente care restrâng concurența nu poate fi considerată dovedită decât după adoptarea unei astfel de decizii, care califică din punct de vedere juridic faptele materiale în acest sens.**

40. Pe de altă parte, astfel cum a subliniat Comisia, operatorul economic interesat își menține, în această perioadă, posibilitatea de a adopta măsurile prevăzute la articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 în scopul de ași demonstra fiabilitatea, chiar dacă dorește totuși să participe la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice.

41. În consecință, **perioada de excludere trebuie calculată începând nu de la participarea la încălcare, ci de data la care comportamentul a făcut obiectul unei constatări a încălcării de către autoritatea competentă.**

42. Rezultă că trebuie să se răspundă la a treia și la a patra întrebare că articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, **atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective.**

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a patra) declară:

2) Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, **durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective.**

Așadar, contrar susținerilor contestatoarei, perioada de excludere trebuie calculată **nu de la participarea la încălcare, ci de la data la care comportamentul a făcut obiectul unei constatări a încălcării de către autoritatea competentă.**

În speță, perioada de trei ani stabilită de norma legală se impune a fi calculată de la data constatării încălcării normelor în domeniul concurenței, respectiv de la data de, data emiterii Deciziei nr. ... de către Consiliul Concurenței, în calitate de autoritate competentă, ... reprezentând data când au fost calificate din punct de vedere juridic faptele materiale în acest sens. Or, în raport de această dată, perioada de trei ani nu este considerată a fi expirată.

Însăși Consiliul Concurenței, în răspunsul nr., furnizat la interpelarea autorității contractante, a făcut trimitere la hotărârea instanței europene, mai sus evocată, subliniind faptul că *durata maximă de excludere de la participarea la o procedură de atribuire pentru săvârșirea unor fapte contrare legislației din domeniul concurenței este de trei ani de la data deciziei autorității naționale de concurență.*

De altfel, se constată că nu figurează în *lista operatorilor economici față de care a expirat termenul de trei ani de la data deciziei autorității naționale de concurență și pentru care nu se mai aplică prevederile legislației din domeniul achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale și concesiunilor de lucrări și servicii, privind situațiile de excludere de la procedura de atribuire pentru săvârșirea unei abateri profesionale grave, constând în încălcarea reglementărilor din domeniul concurenței, prin participarea la o faptă anticoncurențială de tip cartel care vizează trucarea de licitații*, disponibilă pe site-ul Consiliului Concurenței.

În raport de aceste argumente, Consiliul constată că reținerea situației prevăzută de art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precum dorește contestatoarea, nu este justificată, fiind, în mod corect, înlăturată de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește existența motivului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă este obligată să excludă din procedura de atribuire orice operator economic care se află în situația de excludere, iar se află în această situație. Decizia de excludere a fost stabilită de către legiuitor, în mod evident, cu caracter imperativ.

Tot legiuitorul a stabilit o situație de excepție de la aplicarea acestor dispoziții imperative, respectiv cea prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016, excepție potrivit căreia autoritatea contractantă nu

excluse din procedura de atribuire un operator aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedură atunci când consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea, în concret, a credibilității.

Se observă, din cele prezentate în cele ce preced, că autoritatea contractantă a dat posibilitatea, în mai multe rânduri (demersurile nr., nr., nr.) să furnizeze dovezi prin care să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze de excludere.

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, aceasta fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire al contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.

Ca efect al principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este entitatea abilitată să analizeze dovezile depuse și să stabilească dacă sunt suficiente pentru a permite menținerea ofertantului în procedură, Consiliul având doar menirea de a verifica exercitarea dreptului de apreciere fără depășirea limitelor sale.

În sensul celor de mai sus a conchis și Curtea de Apel București în Decizia sa nr. 259 din 11 iunie 2019.

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 dintr-o 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*).

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

Consiliul are în vedere că, deși autoritatea contractantă a solicitat expres prezentarea programului de conformare cu legislația în domeniul concurenței, ..., cu toate că, în adresa de răspuns, susține că depune un astfel de program, în fapt, a furnizat o serie de slide-uri aferente unui *training* desfășurat doar la nivelul anului 2017, *cu titlul conformarea cu regulile concurenței*. Mai mult, training-ul nu este însoțit de dovada derulării lui efective, lista cu personalul participant nefiind semnată de către acesta, potrivit mențiunilor art. 3 din decizia nr.

Faptul că autoritatea de concurență a reținut, în decizia sa de sancționare, parcurgerea programului de conformare, acest lucru reprezentând o circumstanță atenuantă, în beneficierea unui regim sancționator mai favorabil, este lipsit de relevanță, câtă vreme respectivul program nu a fost depus autorității contractante, în pofida solicitării explicite a acesteia. Mai mult, însăși Consiliul Concurenței a recomandat autorității, la interpelarea acesteia, după cum s-a arătat, în cele ce preced, solicitarea dovezii implementării efective a unui program de conformare cu legislația în domeniul concurenței.

Totodată, Consiliul nu poate să nu observe că, deși, în notele scrise, autoarea contestației afirmă că *dacă autoritatea ar fi fost explicită și consecventă în solicitări* ar fi aflat că societatea sa a implementat și în anul 2015 un program de conformare și, de asemenea, ar fi depus și fișele cursului semnate, însă, aceasta omite să arate că au existat nu mai puțin de trei solicitări pe tema în discuție, iar la solicitarea din de prezentare a măsurilor concrete care să-i demonstreze credibilitatea, ...a susținut că nu este obligată să prezinte dovezi care să-i ateste credibilitatea, întrucât se încadrează în situația de excepție prevăzută de lege.

În privința argumentelor contestatoarei asupra celor consemnate prin Decizia nr., acestea nu fac obiectul analizei Consiliului, competența asupra legalității celor decise în respectiva decizie revenind instanței de judecată.

Separat de cele mai sus menționate, verificând informațiile supuse atenției de autoritatea contractantă, în punctul de vedere transmis Consiliului, în sensul existenței a două decizii emise de Consiliul Concurenței pentru, se reține că, potrivit *Raportului privind*

rezultatele investigației sectoriale pe piața energiei electrice din România publicat, la ..., Consiliul Concurenței a emis, la data de, Decizia nr. ...privind constatarea încălcării prevederilor art. 5 alin. (1) lit. a) și b) din Legea concurenței și sancționarea întreprinderilor S-a constatat faptul că încheierea și derularea contractelor a avut ca efect blocarea pieței pentru alți furnizori și producători de energie electrică și consumatori eligibili, conducând la îngreunarea procesului de dezvoltare a pieței în perioada liberalizării sectorului.

Fără a reține Decizia nr. ca o justificare pentru respingerea ofertei, Consiliul nu poate să nu observe, cum corect a semnalat și autoritatea contractantă, că suntem în prezența unei recidive în nerespectarea regulilor de concurență, context în care decizia de înlăturare a ofertei în discuție pare cu atât mai îndreptățită.

În atari circumstanțe, Consiliul face trimitere la recitalul 101 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului ce instituie faptul că autorităților contractante ar trebui să li se ofere în continuare posibilitatea de a exclude operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili, de exemplu ... cum ar fi **încălcări ale normelor de concurență** sau a drepturilor de proprietate intelectuală. Ar trebui să se clarifice faptul că **abaterile profesionale grave pot arunca un dubiu asupra integrității unui operator economic** și astfel fac ca operatorul economic să devină inadecvat pentru a i se atribui un contract de achiziții publice, chiar dacă operatorul economic deține capacitatea tehnică și economică de a executa contractul.

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. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.

Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, **cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui.**

Or, dacă norma europeană vorbește de cazuri repetate de nereguli minore care justifică excluderea, cu atât mai mult, încălcările repetate ale regulilor de concurență pot ridica un dubiu asupra fiabilității operatorului economic.

Toate aceste elemente, sunt de natură a concluziona că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege în sensul că avea competența legală de a stabili relevanța și suficiența dovezilor depuse de contestatoare, pentru aplicarea situației de excepție prevăzută la art. 171 din Legea nr. 98/2016, și că soluția adoptată respectă cerința proporționalității, în raport de împrejurările de fapt avute în vedere.

Autoritatea contractantă era îndreptățită să stabilească, având în vedere și principiul asumării răspunderii, dacă o ofertă se încadrează sau nu în excepția reglementată de legiuitor prin art. 171 alin. (2) din lege, textul nefiind unul imperativ care să oblige autoritatea contractantă la menținerea în procedură a operatorului economic.

Față de considerentele reținute, Consiliul constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind argumentat, prin prisma documentelor depuse și explicațiilor oferite, că măsura menținerii în procedură a contestatoarei, ce se afla într-un caz de excludere, nu se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

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, ceea ce nu este cazul în speță.

În raport de toate argumentele prezentate, Consiliul constată că nu există motive pentru infirmarea deciziei autorității contractante consemnată în raportul procedurii nr., astfel că va respinge, ca nefondată, contestația formulată de

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, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 18 (optsprezece) pagini