

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. 1304/C2/1306

Data: 17.06.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27763/28.05.2021, formulată de SA, cu sediul în, .., ..., .., înregistrată la Registrul ..l din sub nr., având cod de identificare fiscală nr., reprezentată prin împuternicit .., reprezentată convențional și cu sediul ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură la cabinet de avocat „.....”, situat în, .., împotriva adresei nr. 572117/18.05.2021, reprezentând comunicare privind rezultatul etapei de selecție a candidaturilor, a raportului intermediar al procedurii nr. 572110/18.05.2021, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora, precum și a oricăror acte subsecvente, emise de, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii, dialog competitiv, privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Mentenanță evolutivă a sistemului SCOMAR”, cod CPV 35700000-1 – Sisteme electronice militare (Rev.2), s-au solicitat:

„-să anulați decizia emisă de autoritatea contractantă sub nr. 572117/18.05.2021, precum și toate actele care au stat la baza emiterii deciziei, întreg raportul intermediar nr. 572110/18.05.2021 și toate actele emise în temeiul acestora, ca fiind nelegale și neîntemeiate față de motivele de contestare indicate în cele ce urmează;

- să obligați autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertei subscrisei, ocazie cu care, față de aspectele indicate de subscrisa în prezenta contestație, să constate că SA îndeplinește criteriile de calificare și selecție, cu consecința continuării procedurii de achiziție publică cu participarea subscrisei în calitate de ofertant;

- să ne permiteți accesul la dosarul constituit la Consiliu în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016;

- *să obligă autoritatea contractantă la restituirea cheltuielilor suportate de subscrisa cu promovarea și susținerea prezentei contestații*".

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 SA critică adresa nr. 572117/18.05.2021, reprezentând comunicarea rezultatului etapei de selecție a candidaturilor, raportul intermediar al procedurii nr. 572110/18.05.2021, actele care au stat la baza emiterii acestora, precum și toate actele subsecvente lor, emise de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În fapt, contestatorul arată că, în urma etapei de selecție a candidaturilor, comisia de evaluare a respins solicitarea sa de participare, ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, pentru abateri profesionale grave.

Față de motivele avute în vedere la emiterea deciziei de respingere a ofertei sale, pe care le apreciază nefondate, contestatorul arată că i-au fost imputate mai multe abateri profesionale grave, respectiv:

- Litigiul fiscal cu elemente de drept penal a fost soluționat definitiv în Spania, așa cum rezultă din Hotărârea judecătorească din data de 06 februarie 2020, în care se precizează *„răspunderea penală a inculpatului se declară stinsă prin îndeplinirea executării pedepsei. Se dispune clasarea definitivă a dosarului”* și Hotărârea nr. 237/2019 în care se precizează, în mod expres, că *„se dispune CLASAREA DEFINITIVĂ a dosarului, fără alte formalități ulterioare”*. În atare situație, subliniază contestatorul, societatea nu înregistrează debite fiscale față de nicio autoritate publică și nu are nicio condamnare penală menționată în cazierul judiciar.

- Litigiul nr. S/DC/0565/15 - Autoritatea administrativă spaniolă - Comisia Națională a Piețelor și Concurenței din Spania („CNMC”), prin rezoluția emisă, nu a interzis participarea societății SA la proceduri de achiziție publică și/sau încheierea de contracte de achiziție publică. Mai mult decât atât, din conținutul hotărârii în cauză rezultă că tocmai amploarea prejudiciului cauzat pentru printr-o eventuală interdicție de a participa la licitații justifică suspendarea temporară a sancțiunii administrative, efectele rezoluției CNMC au fost suspendate prin hotărâre judecătorească, rezoluția CNMC fiind atacată în instanță de societatea sa.

- Litigiul S/DC/0598/2016 - CNMC, prin rezoluția emisă, nu a individualizat sectorul public vizat de interdicția de contractare și nici durata de aplicare a sancțiunii, o atare individualizare urmând a fi emisă (inclusiv Consiliul CNMC a considerat necesară înaintarea rezoluției către Comitetul Consultativ pentru Achiziții Publice de Stat pentru ca acesta să emită o propunere în care să se stabilească domeniul de aplicare și durata interdicției, considerând implicit faptul că o interdicție totală ar putea să afecteze iremediabil activitatea care se bazează, într-un procent ridicat, pe contracte încheiate cu Sectorul Public). Prin urmare, nu există o decizie administrativă efectivă. Efectele CNMC au fost suspendate prin hotărâre judecătorească, iar rezoluția CNMC, în sine, este atacată în instanță de societatea sa.

- Litigiul nr. S/DC/0627/18, litigiu care NU are în vedere, în principal, ..., ci o subsidiară a sa, respectiv Învederează contestatorul că, în data de 11 mai 2021, CNMC a emis o decizie definitivă în această cauză prin care a dispus, în sarcina subsidiarei menționate anterior, doar o sancțiune economică de 27.000 euro, fără a impune interdicția ... de a contracta în sectorul public. Referiri la societatea sa se fac doar în sensul că este răspunzătoare, în solidar, pentru plata sumei mai sus indicate.

În opinia contestatorului, modul de evaluare a documentelor depuse în cadrul procedurii nu a respectat principiul proporționalității, autoritatea contractantă încălcând dispozițiile legislației Unionale și naționale, precum și a practicii CJUE în materie, Considerentul 102 din al Directivei 2014/24, art. 171 din Legea nr. 98/2016, decizia CJUE nr. C-41/18, pct. 40 și 41). De asemenea, susține contestatorul, autoritatea contractantă nu a respectat garanțiile acordate societății sale de art. 6 din CEDO, aplicabile și prezentei situații, stabilind o veritabilă prezumție de vinovăție a sa.

Într-o altă critică, autorul contestației susține că autoritatea contractantă nu a respectat termenele procedurale în ceea ce privește întocmirea raportului intermediar, precum și comunicarea deciziei de excludere.

Potrivit contestatorului, autoritatea contractantă se face vinovată și de încălcarea prevederilor art. 214 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, întrucât a comunicat și emis raportul intermediar, la data de 18.05.2021, la mai bine de 5 luni de la data limită de depunere a solicitărilor de participare, precum și de încălcarea prevederilor art. 215 alin. (1) din același act normativ, întrucât nu a respectat termenul de comunicare a deciziei de excludere din procedură.

Expunând un scurt istoric al prezentei proceduri, alături de răspunsul transmis de societatea sa la clarificările primite din partea comisiei de evaluare referitoare la informațiile precizate în DUAЕ, contestatorul subliniază, ca prim motiv de nelegalitate al rezultatului

contestat, faptul că atât în cadrul solicitării de clarificare, cât și în cadrul deciziei privind rezultatul etapei de selecție a candidaturilor, autoritatea contractantă a reținut, în mod eronat, că societatea sa ar fi indicat, în *Partea a III- a Motive de excludere, Partea C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale*, la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?”, un răspuns afirmativ, când, de fapt, răspunsul din cadrul DUAЕ a fost „Nu”. Această eroare a fost adusă la cunoștință autorității contractante prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

Cu privire la litigiul fiscal cu elemente de drept penal, în contextul plății taxelor/contribuțiilor de asigurări sociale către Statul Spaniol, contestatorul arată că, în justificarea deciziei de excludere a ofertei sale, autoritatea contractantă a invocat inclusiv elementele ce țineau de condamnarea societății cu privire la neplata impozitelor și taxelor către statul de proveniență, deși societatea sa se încadra în dispozițiile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Menționează contestatorul că, din bună credință și din dorința de a arăta o transparență totală asupra activității sale, în cadrul DUAЕ, la întrebarea „Operatorul economic și-a îndeplinit toate obligațiile cu privire la plata impozitelor și taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, atât în țara în care este stabilit, cât și în statul membru al autorității contractante sau entității contractante, în cazul în care este diferit de țara de stabilire” a răspuns afirmativ, în sensul că îndeplinește cerința din documentația de atribuire, achitându-și toate obligațiile fiscale către statul de proveniență.

Mai precizează că a considerat oportun, deși nu avea o asemenea obligație potrivit Legii nr. 98/2016, să furnizeze informații detaliate cu privire la o situație generată în urma unei inspecții fiscale începută în anul 2015 și finalizată în anul 2018. Astfel, a arătat că, în luna decembrie a anului 2015, Agenția Fiscală Spaniolă a inițiat o inspecție fiscală, constatând anumite neregularități cu privire la declararea și plata impozitelor și taxelor către țara de proveniență. Deși s-a ajuns la un consens cu Agenția Fiscală Spaniolă, achitând în luna aprilie 2018 datoria fiscală în cuantum de 428.791 Euro plus 37.307 Euro dobânzi pentru întârzierea plății, organul fiscal a considerat necesar să informeze procurorul cu privire la faptele legate de exercițiul financiar 2013, întrucât, potrivit legislației penale spaniole, infracțiunea fiscală există atunci când obligația fiscală depășește 120.000 Euro.

Așa cum a fost indicat inclusiv în DUAЕ, procedura s-a finalizat în februarie 2020, instanța obligând la plata unei amenzi în cuantum de 171.516 Euro și impunând interdicția de a obține subvenții sau ajutoare de stat sau orice impozite sau beneficii de securitate socială sau stimulente din partea Statului Spaniol pentru o perioadă de 9 luni de la data hotărârii. Interzicerea de a primi astfel de ajutoare afecta numai

beneficiile și/sau stimulentele ce puteau fi acordate de către țara de proveniență a societății sale, neavând efecte în legătură cu alte ajutoare/beneficii acordate de către UE.

Potrivit contestatorului, anterior deciziei de excludere, și-a îndeplinit toate obligațiile fiscale către Statul Spaniol, achitând atât datoria fiscală, cât și amenda aplicată. Așa cum rezultă din Hotărârea nr. 237/2020, pronunțată de către instanța spaniolă în Dosarul nr. 1705/2019, *„Se dispune CLASAREA DEFINITIVĂ A DOSARULUI, fără alte formalități ulterioare și se dispune consemnarea în Registrele aferente”*.

Deși inclusiv autoritatea contractantă a recunoscut, în cadrul procesului - verbal nr. 4/09.02.2021, faptul că, în ceea ce privește acest litigiu, sunt îndeplinite condițiile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, hotărând *„să nu excludă operatorul economic din procedura de atribuire pentru motivul analizat”*, așa cum rezultă din documentul contestat, aceasta a folosit argumentația legată de condamnarea cu privire la aspectele fiscale, încadrând-o, în mod nejustificat, în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În atare situație apreciază contestatorul că autoritatea contractantă nu a făcut nimic altceva decât să lase fără efect dispozițiile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la presupusa abatere profesională gravă, contestatorul susține că autoritatea contractantă a reținut, în mod nejustificat și eronat, faptul că ar fi răspuns afirmativ la întrebarea ce ține de abaterea profesională gravă, când, în mod evident, răspunsul a fost negativ, așa cum rezultă din DUAE.

În acest sens arată că, similar situației anterioare, a apreciat oportun, ca un gest de bună credință și din proprie inițiativă, furnizarea unor informații suplimentare privind anumite proceduri administrative aflate în curs de soluționare referitoare la presupusa încălcare a dispozițiilor legale ce țin de Legea concurenței, proceduri contestate de către

Astfel, în cadrul DUAE au fost menționate două sancțiuni administrative aplicate de către CNMC, care fac obiectul Dosarelor nr. S/DC/0565/15 și nr. S/DC/0598/2016, sancțiuni care, subliniază contestatorul, NU sunt definitive. Mai mult, contestatorul le consideră neîntemeiate, fiind contestate conform legislației spaniole, în prezent aflându-se în curs de soluționare în fața Curții de Justiție Spaniole - Tribunalul de contencios - administrativ.

În concret, cu privire la Dosarul nr. S/DC/0565/15, contestatorul arată că, la data de 26 iulie 2018, CNMC a emis o rezoluție de sancționare pentru încălcarea art. 1 din Legea nr. 15/2017 privind apărarea concurenței și art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) împotriva mai multor companii din sectorul serviciilor de dezvoltare și întreținere ale sistemelor și aplicațiilor informatice.

Alături de, alte 11 companii au fost sancționate. Rezoluția menționată NU conține o interdicție în a încheia contracte cu Sectorul Public. Prin această rezoluție este epuizată calea administrativă, însă, dosarul se află pe rolul Curților de Justiție pe calea contenciosului - administrativ și, drept urmare, nu poate fi considerată definitivă. Mai mult decât atât, efectele sancțiunii CNMC au fost suspendate temporar prin Hotărârea nr. 186/2018 pronunțată de către Curtea Națională de Justiție, Tribunalul de Contencios Administrativ, Secția 6

Referitor la Dosarul nr. S/DC/0598/2016, contestatorul arată că CNMC a emis o rezoluție de sancționare împotriva mai multor companii pentru presupusa încălcare a articolului 1 din Legea nr. 16/17 iulie 1989 privind apărarea concurenței, articolului 1 din Legea nr. 15/03 iulie 2007 privind apărarea concurenței și a art. 101 din TFUE în sectorul traficului feroviar, rezoluție care cuprinde, spre deosebire de cea anterioară, interdicția de a încheia contracte cu Sectorul Public. Cu toate acestea, rezoluția NU prevede în mod expres domeniul de aplicare sau durata măsurii. Mai mult decât atât, inclusiv Consiliul CNMC a fost de acord să transmită rezoluția în cauză Comitetului Consultativ pentru Achiziții Publice de Stat din Spania pentru ca acesta să emită o propunere care să stabilească domeniul de aplicare și durata interdicției.

Astfel, subliniază contestatorul, inclusiv organul sancționator a considerat necesară efectuarea unei delimitări a domeniilor în care să se aplice măsura sancționatorie, cu atât mai mult cu cât activitatea se bazează pe contracte încheiate cu Sectorul Public, iar o interdicție totală l-ar prejudicia iremediabil și ireversibil.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă trebuia să interpreteze aceste aspecte în sensul că, dacă CNMC ar fi dorit ca măsura sancționatorie să se aplice tuturor domeniilor din Sectorul Public, atunci nu ar mai fi făcut solicitarea de propunere a domeniilor de aplicare și durata interdicției. Mai mult, similar primei rezoluții, măsura sancționatorie este suspendată temporar prin Hotărârea nr. 272/2019 din 19 iulie 2019 pronunțată de către Curtea Națională, Tribunalul de Contencios Administrativ, Secția 6 Concluzionează contestatorul arătând că, în evaluare, autoritatea contractantă trebuia să aibă în vedere aspectele reținute de către instanța spaniolă în cadrul Hotărârii nr. 272/2019 din data de 19 iulie 2019.

În ceea ce privește aplicabilitatea dispozițiilor art. 167 din Legea nr. 98/2016, contestatorul apreciază esențial a specifica faptul că motivul de excludere invocat de autoritatea contractantă prin raportare la prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) – abatere profesională gravă, transferă sarcina probei de la ofertant către autoritatea contractantă, prin urmare, obligația de excludere fiind condiționată de demonstrarea de către autoritatea contractantă a acestui fapt.

Cu privire la Dosarul nr. S/DC/0627/18, în virtutea aceluiași gest de bună credință și a asigurării unei transparențe totale, contestatorul arată că, în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, a făcut vorbire de o procedură de penalizare (a cărei număr nu a fost indicat la acel moment pentru că se află în procedura administrativă) care privește, în principal, o subsidiară a societății, respectiv ... Conform rezoluției pronunțate în acel dosar, IBC este exclusă de la impunerea unei interdicții de a contracta cu sectorul public, întrucât dispune de un Program specific de Conformitate cu Reglementările în materie de Concurență declarat conform de către CNMC. De asemenea, IBC i s-a aplicat doar o sancțiune economică de 27.000 Euro, pentru a cărei plată și societatea sa este ținută responsabilă în solidar.

Totodată, contestatorul susține că măsura excluderii sale din cadrul procedurii reprezintă o încălcare a principiului proporționalității, fiind, prin raportare la situația de fapt, excesivă și disproporționată. În susținere, contestatorul invocă dispozițiile Directivei nr. 2014/24/UE, precum și jurisprudența CJUE, respectiv Hotărârea pronunțată în cauza C-267/18.

Relativ la măsurile de „self-cleaning”, pe care le enumeră, contestatorul susține că acestea corespund întocmai bunelor practici în materie și cerințelor legislației Unionale și române, societatea sa fiind admisă la proceduri de achiziție publică în toate țările UE.

Contestatorul consideră că, atunci când face referire la Documentul „*Control Concurență 15012021*”, autoritatea contractantă prezintă informații trunchiat, menite să inducă în eroare și să își justifice decizia discreționară de a exclude candidatura sa din procedura de achiziție publică. De asemenea, arată că măsurile sale corespund principiilor evidențiate în considerentele deciziei CJUE nr. C-41/18, pct. 40 și 41.

Referitor la susținerea autorității contractante în sensul că măsurile adoptate nu s-ar fi dovedit suficiente pentru prevenirea unor situații de risc, contestatorul arată că *Modelul de Prevenire a Riscurilor în Dreptul Concurenței* (MCOMP) a fost validat de numeroase instituții ca fiind eficient.

Mai mult, contestatorul susține că, în cauza de față, sunt aplicabile dispozițiile art. 6 CEDO, autoritatea contractantă fiind ținută să recunoască și garanțiile specifice în materie penală din articolul amintit, printre care prezumția de nevinovăție, lipsa pericolului social, precum și înlesnirile oferite de Codul Penal.

În concluzie, contestatorul apreciază că, prin modul în care a analizat documentele, datele și informațiile puse la dispoziție din propria inițiativă, autoritatea contractantă nu a respectat principiul proporționalității, încălcând dispozițiile legislației Unionale și naționale, precum și a practicii CJUE în materie, Considerentul 102 din al Directivei 2014/24, art. 171 din Legea nr. 98/2016, decizia CJUE nr. C-41/18, pct.

40 și 41), precum și garanțiile acordate conform art. 6 din CEDO, fiind stabilită o veritabilă prezumție de vinovăție a societății sale.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 572400/02.06.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 28699/03.06.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SA, ca neîntemeiată.

În susținere, autoritatea contractantă arată că, în urma evaluării candidaturii SA, comisia de evaluare a constatat că în cadrul DUAЕ, Partea III Motive de excludere, Partea C: Motive legate insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă da, vă rugăm să furnizați detalii:?", candidatul SA a răspuns „DA” făcând o serie de mențiuni, astfel cum rezultă din înscrisurile ce se află la dosar.

Întrucât comisia de evaluare nu a identificat documentele justificative din care să rezulte cu certitudine că nu sunt întrunite condițiile legale referitoare la situația prezentată de AS în cadrul DUAЕ, i-a solicitat candidatului clarificări, în sensul transmiterii documentelor justificative (ex: hotărârea definitivă a instanței etc.) care să dovedească informațiile cuprinse în DUAЕ la partea III: Motive de excludere, Partea C: Motive legate insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale.

Totodată, comisia a solicitat, după cum se arată, prezentarea de informații suplimentare/documente justificative relevante pentru demonstrarea faptului că operatorul economic nu se încadrează în situațiile de excludere prevăzute de Legea nr. 98/2016, din care să rezulte că măsurile adoptate demonstrează în concret credibilitatea.

În urma analizării răspunsului primit din partea candidatului SA, comisia de evaluare a concluzionat că acestuia îi sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016, întrucât, atât prin condamnarea penală pentru neplata datoriilor către Agenția Fiscală din Spania, cât și în legătură cu sancționarea acestuia de către CNMC (Comisia Națională pentru Piața și Concurență), candidatul a comis abateri profesionale grave care îi pun în discuție integritatea și care afectează reputația profesională a acestuia prin încălcarea regulilor de concurență în cadrul unei proceduri de atribuire.

Comisia de evaluare a luat în considerare faptul că, potrivit temeiului de drept invocat, *„autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei*

instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative", prin urmare, decizia nu trebuie să fie definitivă pentru a putea produce efecte.

Astfel, subliniază autoritatea contractantă, în luarea deciziei de respingere a candidaturii SA, comisia de evaluare a avut în vedere următoarele aspecte:

- Hotărârea Curții Penale nr. 21 din, prin care a impus SA o amendă de 171.516 EURO pentru infracțiuni fiscale. În acest context, comisia de evaluare apreciază că deși răspunderea penală a inculpatului a fost declarată stinsă prin îndeplinirea executării pedepsei (prin Hotărârea judecătorească din 06.02.2020, pronunțată de instanța de executare), infracțiunea săvârșită de către SA este de natură să îi afecteze integritatea profesională.

- Decizia CNMC din 26.07.2018 în dosarul S/DC/0565/15 pentru încălcarea de către .. în Spania a art. 1 din Legea 15/2007, privind Apărarea Concurenței și a art. 101 din TFUE;

- Decizia CNMC din 14.03.2019 în dosarul S/DC/0598/2016 pentru încălcarea în Spania a art. 1 din Legea 16 din 1989 privind Apărarea Concurenței, a art. 1 din Legea 15 din 2007 privind Apărarea Concurenței, a art. 101 din TFUE, în sectorul feroviar, care prevede inclusiv interdicția de a încheia contracte cu sectorul public, fără a specifica sfera de aplicare sau durata măsurii, ceea ce conduce la concluzia că faptele comise de către SA, și constatate de această instituție, sunt de o gravitate considerabilă. Suplimentar față de cele 2 sancțiuni dispuse de către Comisia Națională pentru Piața și Concurență, pe care candidatul le-a prezentat în DUAE, Partea III Motive de excludere, Partea C: Motive legate insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, în documentul „Unitatea de conformitate și consiliere juridică” din Ianuarie 2021, pag. 14, depus prin răspunsul la solicitarea de clarificare, comisia de evaluare a identificat faptul că împotriva SA a fost inițiată, de către CNMC, o altă procedură de penalizare pentru „practici coluzive”.

În concret, așa cum menționează candidatul în documentul prezentat, „în februarie 2019, CNMC a inițiat o procedură de penalizare pentru practici coluzive împotriva a 25 de companii, printre care, până în prezent, se numără Indra Business Consulting SLU ("IBC") și SA („.....”) și 8 persoane fizice asociate cu aceste companii (niciuna asociată cu grupul Indra). Procedura pune accentul pe piața serviciilor de consultanță și analizează presupuse practici de concertare între companii care ar fi corupt procesul de atribuire a contractelor de consultanță de către administrațiile publice și care ar fi contrare Legii concurenței. În august 2020 CNMC a emis Propunerea de rezoluție prin care îi atribuia companiei IBC o practică anticoncurențială pentru un singur proiect de 39.200 EUR, extinzând responsabilitatea acestei practici către în calitatea sa de companie mamă. Respectiva Propunere de rezoluție nu

cuprinde, nici pentru, nici pentru IBC, interdicția de a încheia contracte cu sectorul public."

Cu privire la acest aspect, este de remarcat faptul că, deși, în cauză, nu a fost dispusă până la acest moment nicio sancțiune de către CNMC, comisia de evaluare nu poate ignora și această situație care afectează și impactează în mod negativ activitatea și reputația profesională a candidatului.

În ceea ce privește dosarul S/DC/0565/15 - *Licitații pentru aplicații informative*, privind încălcarea, de către ..., în Spania, a art. 1 din Legea 15/2007, privind Apărarea Concurenței și a art. 101 din TFUE, autoritatea contractantă arată că, din documentele prezentate, rezultă faptul că instanța a dispus suspendarea executării deciziei CNMC din 26.08.2018, însă, în cuprinsul hotărârii, se precizează că aceasta este supusă recursului administrativ, candidatul nefăcând dovada faptului că decizia de suspendare a rămas definitivă. De asemenea, candidatul precizează faptul că dosarul se află pe rolul curților de justiție pe calea contenciosului-administrativ, afirmând că, până la momentul depunerii documentelor în cauză, nu a fost pronunțată nicio soluție cu privire la rezoluția de sancționare, fără a prezenta și dovezi în acest sens.

Referitor la dosarul S/DC/0598/2016 - *Elemente de electrificare și electromecanică la calea ferată*, privind încălcarea, de către ..., a art. 1 din Legea 16 din 1989 privind Apărarea Concurenței, a art. 1 din Legea 15 din 2007 privind Apărarea Concurenței, a art. 101 din TFUE în sectorul feroviar, comisia de evaluare a constatat că, din documentele prezentate, rezultă faptul că instanța a dispus suspendarea hotărârii Consiliului Concurenței din 14.03.2019, însă, în cuprinsul hotărârii, se precizează că aceasta este supusă recursului administrativ, candidatul nefăcând dovada faptului că decizia de suspendare a rămas definitivă. De asemenea, candidatul precizează faptul că dosarul se află pe rolul curților de justiție pe calea contenciosului-administrativ, afirmând că, până la momentul depunerii documentelor în cauză, nu a fost pronunțată nicio soluție cu privire la rezoluția de sancționare, fără a prezenta și dovezi în acest sens.

Mai mult decât atât, subliniază autoritatea contractantă, în acest dosar, rezoluția CNMC include interdicția de a încheia contracte cu sectorul public, care, chiar dacă, în prezent, este suspendată (deși nu a fost prezentată dovada rămânerii definitive a deciziei de suspendare), acest aspect nu poate fi ignorat de către comisia de evaluare.

De asemenea, comisia de evaluare a apreciat că, în speță, nu sunt incidente dispozițiile art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că, raportat la gravitatea și circumstanțele faptelor reținute în sarcina candidatului, măsurile luate de către acesta nu sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea, după cum urmează:

- Documentul „Control Concurența 15012021”, care reprezintă un tabel cu riscurile, descrierea controalelor, precum și organizația responsabilă, din cuprinsul acestuia nereieșind data emiterii, perioada ori modalitatea de implementare în cadrul operatorului economic.

- Documentul menționat de către candidat în opis ca „Modele concurența și penal” este intitulat „Unitatea de conformitate și consiliere juridică” din Ianuarie 2021. În cadrul acestui document, este prezentat „Modelul Indra de prevenire a riscurilor penale și modelul de prevenire a riscurilor în dreptul concurenței”, pentru perioada 2009 - 2020. În urma analizei acestuia, comisia de evaluare apreciază că măsurile adoptate de candidat au un caracter formal, mai ales că o parte dintre măsurile adoptate încă din anul 2009 și-au dovedit ineficiența, în contextul sancțiunilor aplicate și infracțiunilor reținute în sarcina SA de către autoritățile competente. Mai mult decât atât, în cadrul acestui document se face referire la modele de prevenire a riscurilor penale adoptate de către Indra Brazilia sau Indra Peru, nerelevante în contextul candidaturii SA. În cadrul documentului, cap. 3 - Proceduri relevante prezintă o serie de măsuri corective și de apărare adoptate de către operatorul economic, care, însă, nu au un suport probator, fiind simple alegeri ale candidatului, cu un caracter formal.

- Documentul „MAN -MNF-0112 Manual de prevenire a riscurilor în dreptul concurenței”, din 18.12.2020, reprezintă un manual intern al operatorului economic care stabilește modelul de organizare, prevenire, gestionare și control al riscurilor anticoncurențiale în cadrul Dreptului concurenței, în SA și filialele sale, fără însă a conține măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adoptate de către candidat, de natură a forma convingerea comisiei de evaluare în sensul prevenirii săvârșirii unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

Totodată, având în vedere data emiterii deciziilor Comisiei Naționale pentru Piața și Concurență (26.07.2018-în dosarul S/DC/0565/15 și 14.03.2019- în dosarul S/DC/0598/2016), autoritatea contractantă arată că operatorul economic nu se încadrează în excepția prevăzută la art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, pentru care situațiile de excludere nu se aplică.

În concluzie, din analiza documentelor prezentate, comisia de evaluare a constatat că faptele candidatului SA se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) litera c) coroborate cu art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, iar, în urma evaluării măsurilor adoptate de candidat prin documentele suport prezentate, raportat la gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunilor și abaterilor săvârșite, comisia de evaluare a considerat că acestea nu sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității.

Pe cale de consecință, comisia de evaluare a respins candidatura depusă de operatorul economic SA, cu subcontractanți .., în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din H.G. 395/2016, întrucât aceasta a fost considerată inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 coroborat cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la criticile privind momentul emiterii raportului intermediar, autoritatea contractantă face trimitere la complexitatea procedurii, numărul de solicitări de participare, volumul documentației necesar a fi analizată, precum și faptul că, prin depășirea acestui termen, nu au fost aduse prejudicii operatorilor economici înscriși.

În opinia autorității contractante, neîntemeiată este și critica referitoare la presupusa încălcare a prevederilor art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, întrucât legiuitorul a prevăzut obligația de informare cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, o astfel de decizie neputând fi decât raportul intermediar, întocmit și comunicat în data de 18.05.2021, cu respectarea întocmai a termenului expres prevăzut de lege.

Relativ la situația incidenței art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă susține că, deși contestatorul consideră fără temei legal faptul că achitarea unei amenzi în cuantum de 171.516 EUR pentru săvârșirea unor infracțiuni fiscale (în mod fortuit, evident, urmare a procesului penal declanșat) reprezintă o împrejurare care trebuia ignorată de către comisia de evaluare, o astfel de abordare nu poate fi acceptată, în contextul existenței celorlalte decizii ale autorităților spaniole din care rezultă încălcarea de către contestator a regulilor de concurență în cadrul unor proceduri de atribuire.

În ceea ce privește Dosarul nr. S/DC/0565/15, autoritatea contractantă precizează că, prin contestație nu se aduce de fapt, nicio critică pertinentă cu privire la argumentele reținute de către comisia de evaluare și care au fundamentat decizia de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei SA, contestatorul limitându-se a menționa doar că efectele respectivei decizii sunt suspendate temporar prin Hotărârea nr. 186/2018, pronunțată de către Curtea Națională de Justiție, Tribunalul de Contencios Administrativ, Secția 6, deși, din înscrisurile puse la dispoziție, nu reiese că decizia de suspendare a rămas definitivă. De altfel, contestatorul nu a adus lămuriri în acest sens nici măcar prin intermediul cererii sale, apreciind, practic, că autoritatea contractantă ar fi trebuit să trateze cu lejeritate faptele reținute în sarcina lui de către CNMC.

Cu privire la Dosarul nr. S/DC/0598/2016 din 14.03.2019, autoritatea contractantă susține că măsura adoptată în urma evaluării documentelor este responsabilă, raportat la gravitatea faptelor comise de contestator, constatate de către CNMC. Mai mult, contestatorul nu a

făcut dovada că Hotărârea nr. 272/2019, prin care măsura sancționatorie în speță a fost suspendată temporar, a rămas definitivă, având în vedere faptul că aceasta, de asemenea, este supusă recursului administrativ.

În cauză, autoritatea contractantă învederează faptul că proiectul care face obiectul prezentei proceduri este de o importanță deosebită pentru securizarea frontierei de stat a României și a Uniunii Europene. Mai arată că acest contract este finanțat din cadrul Fondului pentru Securitate Internă (fonduri europene nerambursabile), fiind supus normelor stricte de audit impuse, drept care, calificarea unor candidați care nu îndeplinesc criteriile de calificare solicitate prin fișa de date a achiziție este de natură a crea prejudicii bugetului Ministerului Afacerilor Interne prin aplicarea corecțiilor financiare.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că decizia comisiei de evaluare este una corectă, prin aplicarea prevederilor legale referitoare la situațiile de excludere, acordând contestatorului posibilitatea de a justifica măsurile luate în urma solicitării de clarificare. Din analiza răspunsului la solicitarea de clarificare rezultă faptul că măsurile întreprinse de contestator nu sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității.

În opinia sa, dacă s-ar considera că cele două Hotărâri, chiar nedefinitive, produc efecte juridice, tot ar exista o Decizie a unei autorități publice spaniole care instituie o interdicție în privința SA de a contracta cu sistemul public.

Mai arată că, în speță, nu se poate vorbi despre nereguli minore, ci despre săvârșirea unor fapte cu caracter repetitiv de încălcare a regulilor concurenței, precum și de săvârșirea unei infracțiuni fiscale, de natură a afecta integritatea profesională a operatorului economic în cauză. Potrivit autorității contractante, păstrarea în procedura de achiziție publică a acestui operator economic ar fi fost de natură a încălca principiul tratamentului egal, în detrimentul celorlalți ofertanți.

De altfel, subliniază autoritatea, chiar în Directiva invocată de contestator se arată *"Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui"*. Or, în cauză, se poate vorbi de cazuri repetate de nereguli, care nu sunt, însă minore, ceea ce conduce la concluzia că decizia autorității contractante este una corectă.

Referitor la expunerile SA potrivit căroră, prin excluderea sa din procedură, se încalcă principiul proporționalității, autoritatea apreciază că a respectat acest principiu, luând în considerare că, din documentele prezentate, reiese faptul că acest tip de comportament are un caracter repetitiv, faptele reținute de autoritățile competente referindu-se la încălcarea regulilor de concurență în țara de rezidență a candidatului SA.

Totodată, prevederile legale sau jurisprudența invocată în cadrul contestației se referă la măsuri de excludere a unor candidați/ofertanți pentru fapte ce au condus la rezilierea unor contracte/ încetare anticipată a acestora, și care pot fi încadrate, de la caz la caz, la nereguli minore, și nicidecum la fapte ce afectează chiar derularea procedurilor de achiziție, în mod corect și legal, într-o piață concurențială și transparentă, așa cum CNMC a constatat în cadrul deciziilor emise.

Prin Decizia Comisiei Naționale a Piețelor și Concurenței, emisă în Dosarul S/DC/0627/18 din 11.05.2021, se declară că în acest dosar au fost probate două încălcări foarte grave ale articolului 1 din Legea 15/2007 din 3 iulie, cu privire la protecția concurenței și ale articolului 101 din TFUE, prin constituirea unui cartel, conform termenilor stabiliți în cel de-al cincilea considerent din cuprinsul Situației de Drept.

Astfel, din decizia amintită rezultă, în mod indubitabil, faptul că faptele comise nu sunt nereguli minore, ci infracțiuni foarte grave probate și sancționate, iar SA este răspunzătoare în solidar cu

De remarcat că, în cadrul acestei decizii, CNMC "*consideră oportun să documenteze eficacitatea programului de conformitate al ... în legătură cu reglementările în materie de concurență, așa cum se menționează în cel de-al cincilea considerent din secțiunea G. Din acest motiv, această Cameră consideră că ... ar trebui exonerată de interdicția de contractarea prevăzută la articolul 71 din LCSP. Acest lucru nu exclude faptul că și alte companii ar putea beneficia de exonerarea menționată, în cazul îndeplinirii cerințelor articolului 72.5 din LCSP*".

Față de cele anterior expuse, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației SA, ca neîntemeiată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrișuri.

Ulterior studierii dosarului cauzei, urmare a punctului de vedere al autorității contractante, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 30032/09.06.2021, ... SA a formulat Concluzii scrise, apreciind că, în soluționare, CNSC ar trebui să țină cont și de faptul că societatea sa a participat la mai multe proceduri de achiziție publică organizate de către autorități contractante din diverse state ale Uniunii Europene, respectând dispozițiile legale naționale aplicabile în fiecare stat.

Revenind la decizia de respingere a candidaturii sale, ... SA reiterează faptul că autoritatea contractantă, în luarea deciziei de respingere, nu respectă principiul proporționalității și nici prezumția de nevinovăție.

Concluzionând, contestatorul susține că, prin modul în care a analizat documentele, datele și informațiile puse la dispoziție din proprie inițiativă, autoritatea contractantă nu a respectat principiul proporționalității, încălcând dispozițiile legislației Unionale și naționale, precum și a practicii CJUE în materie, precum și garanțiile acordate,

conform art. 6 din CEDO, aplicabile și prezentei situații, stabilind o veritabilă prezumție de vinovăție societății

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura dialog competitiv, privind atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Mentenanță evolutivă a sistemului SCOMAR”, cod CPV 35700000-1 – Sisteme electronice militare (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1025148/09.10.2020, la care a anexat documentația de atribuire. Valoarea estimată a procedurii este între 40.796.311,60 lei și 60.471.509,80 lei, iar criteriul de atribuire, „cel mai bun raport calitate-preț”.

Potrivit Declarației de participare publicată în SEAP, în cadrul procedurii au fost primite 14 candidaturi, iar, ulterior analizării acestora, a fost întocmit raportul intermediar nr. 572110/18.05.2021, conform căruia candidatura SA a fost respinsă, ca inacceptabilă, celelalte 13 candidaturi fiind admise pentru etapa următoare a procedurii.

Nemulțumit de decizia de respingere a candidaturii sale, ... SA, consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Cererea de suspendare a procedurii, înaintată împreună cu contestația, a fost soluționată prin Încheierea nr. 1649/C2/1306 din data de 07.06.2021.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință contestatorului motivele care au stat la baza deciziei de respingere a candidaturii sale, după cum urmează:

„comisia de evaluare a respins candidatura depusă de operatorul economic SA cu subcontractanții ..., în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, întrucât aceasta a fost considerată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 coroborat cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, actualizată, pentru faptul că operatorul economic se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016... coroborat cu art. 167 alin. (3) din același act normativ, iar în urma evaluării măsurile luate de candidat prin documentele suport prezentate, raportat la gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunilor și abaterilor săvârșite, comisia de evaluare a considerat că acestea nu sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității”. De asemenea, comisia de evaluare a expus, pe larg, considerentele de fapt pentru care a ajuns la această concluzie.

Având în vedere conținutul adresei anterior citată, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația de a comunica SA rezultatul evaluării candidaturii sale, precum și motivele de fapt și de drept care au stat la baza deciziei de respingere a acesteia.

Relativ la criticile privind dispozițiile art. 214 alin. (4) și art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că autorul contestației reclamă nerespectarea acestora, fără să indice și sub ce formă nesocotirea lor i-a vătămat interesele. De asemenea, observă că autoritatea contractantă a respectat termenul de comunicare a deciziei adoptate cu privire la candidatura depusă în procedură, conform art. 215 alin. (1) din același act normativ, de 3 zile de la întocmirea actului decizional al comisiei de evaluare – raportul intermediar nr. 572110/18.05.2021.

Față la motivele reținute de comisia de evaluare în decizia de respingere a candidaturii contestatorului, relevanță prezintă următoarele dispoziții din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare:

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

- art. 167 alin. (3) *„în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.”*

- art. 168 alin. (1) *„Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă”; alin. (2) „În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1)”; alin. (3) „În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens”.*

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

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

- art. 171 alin. (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”.

- art. 171 alin. (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”.

- art. 171 alin. (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”.

- art. 171 alin. (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”.

- art. 171 alin. (4) „În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre”.

- art. 171 alin. (5) „În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

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

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

În lumina celor anterior expuse, rezultă că, pentru a se putea dispune excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire în considerarea temeiului de drept invocat de autoritatea contractantă, trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

- existența unei abateri profesionale grave, în sensul art.167 alin.3 din Legea nr.98/2016;
- abaterea profesională gravă să rezulte dintr-un mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a instanței judecătorești sau a unei autorități administrative.

Împrejurarea că abaterea profesională gravă trebuie să rezulte dintr-o hotărâre a unei instanțe de judecată sau autorități administrative este fără dubiu și rezultă nu numai din textul legal enunțat, ci și din jurisprudența europeană, în cauza C-124/17, CJUE reținând că:

„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 unei 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 3 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 stabilit 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.”

În aprecierea incidenței cazului de excludere, autoritatea contractantă a avut în vedere existența următoarelor decizii:

- Hotărârea Curții Penale nr. 21 din prin care a impus SA amenda de 171.516 EURO pentru infracțiuni fiscale. În acest context, comisia de evaluare apreciază că, deși răspunderea penală a inculpatului a fost declarată stinsă prin îndeplinirea executării pedepsei (prin Hotărârea judecătorească din 06.02.2020, pronunțată de instanța de executare), infracțiunea săvârșită de către SA este de natură să îi afecteze integritatea profesională.

- Decizia CNMC din 26.07.2018 în dosarul S/DC/0565/15 pentru încălcarea de către SA în Spania a art. 1 din Legea 15/2007, privind Apărarea Concurenței și a art. 101 din TFUE

- Decizia CNMC din 14.03.2019 în dosarul S/DC/0598/2016 pentru încălcarea în Spania a art. 1 din Legea nr. 16 din 1989 privind Apărarea Concurenței, a art. 1 din Legea 15 din 2007 privind Apărarea Concurenței, a art. 101 din TFUE în sectorul feroviar, care prevede inclusiv interdicția de a încheia contracte cu sectorul public fără a specifica sfera de aplicare sau durata măsurii, ceea ce conduce la

concluzia că faptele comise de către SA și constatate de către această instituție sunt de o gravitate considerabilă.

- Suplimentar, față de cele 2 sancțiuni dispuse de către Comisia Națională pentru Piață și Concurență, pe care candidatul le-a prezentat în DUAE, Partea III Motive de excludere, Partea C: Motive legate insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, în documentul „Unitatea de conformitate și consiliere juridică” din Ianuarie 2021, pag. 14, depus prin răspunsul la solicitarea de clarificare, comisia de evaluare a identificat faptul că împotriva SA a fost inițiată de către CNMC o altă procedură de penalizare pentru „practici coluzive”. În concret, așa cum menționează candidatul în documentul prezentat, „în februarie 2019, CNMC a inițiat o procedură de penalizare pentru practici coluzive împotriva a 25 de companii, printre care, până în prezent, se numără Indra Business Consulting SLU (IBC) și, SA (.....) și 8 persoane fizice asociate cu aceste companii (niciuna asociată cu grupul Indra). Procedura pune accentul pe piața serviciilor de consultanță și analizează presupuse practici de concentrare între companii care ar fi corupt procesul de atribuire a contractelor de consultanță de către administrațiile publice și care ar fi contrare Legii concurenței. În august 2020 CNMC a emis propunerea de rezoluție prin care îi atribuia companiei IBC o practică anticoncurențială pentru un singur proiect de 39.200 eur, extinzând responsabilitatea acestei practici către în calitatea sa de companie mamă. Respectiva propunere de rezoluție nu cuprinde, nici pentru nici pentru IBC, interdicția de a încheia contracte cu sectorul public”. Cu privire la acest aspect, comisia de evaluare a remarcat faptul că, deși în cauză nu a fost dispusă până la acest moment nicio sancțiune de către CNMC, comisia de evaluare nu poate ignora și această situație care afectează și impactează în mod negativ activitatea și reputația profesională a candidatului.

În contextul de fapt și de drept prezentat, observă Consiliul, pe de o parte, că legiuitorul nu stabilit ca actul probant al comportamentului culpabil al candidatului, în speță decizia instanței sau a autorității administrative, să fie una definitivă, iar, potrivit unui principiu de drept, unde legea nu distinge, nici interpretul nu poate să o facă. Pe de altă parte, plecând chiar de la apărările contestatorului, se reține că, în privința societății sale există emise, de către autoritățile de concurență competente în țara de origine, cel puțin două decizii administrative de sancționare pentru încălcarea regulilor de concurență, prin urmare nu suntem în faza preliminară de cercetare, investigație a anumitor fapte, care ar fi putut să conducă la pretinsa încălcare a prezumției de nevinovăție.

Se mai reține că hotărârile nr. 186/2018 și nr. 272/2019, pronunțate de Curtea Națională de Justiție, Tribunalul de Contencios

Administrativ, privesc suspendarea executării hotărârilor Consiliului Concurenței în dosarele S/DC/0565/15 și S/DC/0598/2016, iar nu infirmarea celor statuate în cuprinsul acestora. Cu alte cuvinte, suspendarea privește plata amenzilor stabilite în sarcina societății sale, precum și, în cazul hotărârii privind litigiul S/DC/0598/2016, necesitatea determinării duratei și sferei interdicției de a contracta prevăzute în hotărârea emisă în dosarul respectiv.

De remarcat este că autoritatea contractantă nu a avut în vedere sancțiunea privind interdicția de a contracta, care presupunea existența unei hotărâri definitive, ci faptele comise de acest operator economic care au afectat reputația lui profesională, fapte probate prin deciziile autorității de concurență, dincolo de sancțiunile aplicate.

Așadar, cu privire la societatea contestatoare există cel puțin două decizii ale unei autorități administrative prin care s-a reținut în sarcina acesteia încălcarea regulilor de concurență stabilite prin legislația din Spania, precum și a art. 101 din TFUE.

Existența acestor decizii conduce la incidența cazului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, reținut de comisia de evaluare, ceea ce, la rândul său, atrage aplicarea dispozițiilor art. 171 din același act normativ, care prevăd o situație de excepție de la aplicarea măsurii de excludere, respectiv permit respectivului candidat/ofertant să furnizeze autorității contractante dovezi prin care să își demonstreze credibilitatea. Însă, în considerarea principiului asumării răspunderii, dreptul de a aprecia suficiența acestor dovezi aparține autorității contractante, ea fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului.

În același sens, așa cum s-a exprimat și instanța europeană în cauza amintită mai sus, rolul verificărilor efectuate de autoritatea contractantă în procesul de calificare este acela de obținere a unor elemente de probă adecvate, ca membrii comisiei de evaluare să poată aprecia, în cunoștință de cauză, asupra riscurilor care ar putea decurge din atribuirea contractului unui operator economic a cărui integritate sau fiabilitate este îndoielnică.

În speța dedusă judecății, apreciază Consiliul că autoritatea contractantă și-a exercitat în limitele impuse de lege dreptul de apreciere asupra dovezilor prezentate de contestator în încercarea de eliminare a cazului de excludere, alegând, în mod justificat, să înlăture, din procedură, candidatura acestuia. Astfel, în comunicarea transmisă, a informat candidatul contestator asupra considerentelor pentru care măsurile de „self-cleaning” adoptate, nu sunt, în opinia sa, suficiente pentru a demonstra, în concret, credibilitatea.

Cum legiuitorul a conferit autorității contractante dreptul să analizeze și să stabilească dacă dovezile prezentate de candidat sunt

suficiente, singura analiză pe care organismul administrativ de control o poate efectua este aceea de a verifica dacă acest drept de apreciere a fost exercitat cu exces de putere, ceea ce, din probatoriul administrat, nu rezultă.

Faptul că în DUAЕ, candidatul a bifat „NU” în secțiunea referitoare la întrebarea privind abaterile profesionale grave, iar comisia de evaluare ar fi avut în vedere un răspuns afirmativ, nu este, în opinia Consiliului, un motiv care să conducă la infirmarea deciziei prin care a fost analizată credibilitatea societății contestatoare, în condițiile în care ea însăși, în mod corect, de altfel, a adus la cunoștință în cuprinsul aceluiași document, situația reală privind existența anumitor hotărâri prin care societatea sa a fost sancționată pentru încălcarea regulilor de concurență, alături de acțiunile de apărare și măsurile de remediere adoptate în acest sens.

De asemenea, referirea la situația litigiului fiscal în justificarea respingerii candidaturii, nu este în măsură să atragă anularea acestei decizii, câtă vreme nu acesta a fost singurul motiv avut în vedere în analiza efectuată.

Concluzionând, Consiliul apreciază că soluția adoptată de autoritatea contractantă cu privire la candidatura contestatorului a fost emisă în limitele și cu respectarea rigorilor impuse de legiuitor, drept care nu poate fi apreciată contrară principiului proporționalității, în raport de împrejurările de fapt avute în vedere. Dincolo de situația că, și în opinia Consiliului, faptele probate prin cele două decizii emise de CNMC nu pot fi considerate unele minore, chiar și într-o asemenea ipoteză, caracterul lor repetat nu poate fi pus în discuție, sens în care, inclusiv în Directiva 2014/24/UE subliniază că *„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”*.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SA, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, pe lângă faptul că nu a fost probată, având în vedere soluția pronunțată, în temeiul art. 26 alin. (9) din același act normativ, va fi respinsă.

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

Respinge cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

Împotriva prezentei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...