

+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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..

Data: ..

Prin contestația nr. 5/2738/28.09.2023 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ., depusă de SRL, cu sediul social în, str., cod poștal .., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ., având CUI, reprezentată legal prin dna. .., în calitate de administratori, și convențional de, cu sediul în, ..., adresă la care face alegere de sediu procesual în vederea comunicării tuturor actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect ..., cod CPV - 48820000-2 Servere (Rev.2), de, cu sediul în, str. .., cod poștal 050663, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- anularea comunicării nr. 11047/18.09.2023, a Raportului procedurii nr. 11041/18.09.2023, precum și a tuturor actelor subsecvente sau în legătură cu acestea;

- obligarea autorității contractante la reluarea și continuarea procedurii de atribuire și la reevaluarea ofertei sale din perspectiva cazurilor privind excluderea din procedura de atribuire, respectiv sub aspectul evaluării și reținerii măsurilor luate de societatea sa în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016, cu luarea în considerare a celor expuse în cuprinsul contestației.

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 ofertantul SRL critică rezultatul procedurii, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

I. Scurtă prezentare a situației de fapt. Considerații preliminare

Contestatoarea arată că, în cazul procedurii în cauză, a fost depusă o singură ofertă, respectiv cea a societății sale.

În data de 30.08.2023, prin adresa nr. 9946/30.08.2023, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la Partea a III a, lit. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, paragraful "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave" din cadrul Documentului Unic de Achiziție Publică ("DUAЕ").

Prin adresa din data 30.08.2023, încarcată în SICAP, a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, arătând în esență următoarele:

- A răspuns "NU" la întrebarea din "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave" din DUAЕ, deoarece nu recunoaște fapta reținută în Decizia Consiliului Concurenței și a formulat și depus, la Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, în interiorul termenului legal de contestare de 30 de zile de la comunicarea Deciziei Consiliului Concurenței, o cerere de anulare a acestei Decizii a Consiliului Concurenței, cerere ce formează obiectul Dosarului nr. .../2/2023, astfel încât nu se consideră vinovată de comiterea unei abateri profesionale grave.

- Oricum, cu bună credință și deplină transparență, a informat autoritatea contractantă de existența Deciziei Consiliului Concurenței și circumstanțele principale aplicabile emiterii acesteia.

- Indiferent de poziția sa procesuală față de Decizia Consiliului Concurenței, a arătat autorității contractante că a luat măsuri adecvate și suficiente de demonstrare în concret a credibilității sale, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016, prezentând în detaliu măsurile luate și arătând autorității contractante că o parte semnificativă a măsurilor luate au fost evaluate și considerate ca fiind adecvate chiar de către emitentul sancțiunii, respectiv Consiliul Concurenței.

Mai mult, chiar din această etapă, a precizat în mod expres că măsurile luate de societatea sa au fost prompte, chiar anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, scopul inițierii acestora anterior primirii deciziei de sancționare fiind tocmai acela de a preîntâmpina orice alt risc referitor la încălcarea legislației comerciale sau afectarea credibilității sale.

În data de 18.09.2023, autorea contestației arată că autoritatea contractantă i-a comunicat adresa nr. 11047/18.09.2023 („Comunicarea privind rezultatul procedurii”) și Raportul procedurii nr. 11041/18.09.2023 („Raportul procedurii”), acte prin care i-a adus la cunoștință:

- (i) Decizia comisiei de evaluare de excludere a ofertei sale din Procedură, în etapa evaluării DUAЕ, în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. c) și art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, pentru următorul motiv: „întrucât nu ați furnizat dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a vă demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (32) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice”.

În fundamentarea deciziei de excludere a ofertei din procedură, autoritatea contractantă a avut în vedere, în esență, următoarele considerente:

■ Aceasta a înlăturat - după cum va arăta în continuare, în mod netemeinic și nelegal - din cuprinsul documentelor justificative privind măsurile luate de societatea sa pentru demonstrarea în concret a credibilității toate „documentele date și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023”, apreciind că „acesta nu reprezintă măsuri suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității având în vedere că sunt anterioare emiterii deciziei precizate prin care ați fost sancționat”.

■ A apreciat că suspendarea plății amenzii în conformitate cu prevederile art. 235 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală „nu echivalează cu o dovadă a efectuării plății sau a asumării de către acesta a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023”.

■ Raportat exclusiv la documentele „date și înregistrate” după emiterea Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 („Decizia Consiliului Concurenței”), autoritatea contractantă a apreciat că SRL nu a dovedit asumarea obligației de plată, eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, implementarea de sisteme de control și raportare, înființarea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme.

(ii) Decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire în conformitate cu art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, „având în vedere că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă”.

Analizând comunicarea privind rezultatul procedurii și raportul procedurii, petenta a constatat că acestea încalcă grav principiile proporționalității și al asumării răspunderii, precum și prevederile art. 171 alin. (32) din Legea nr. 98/2016 care impun autorității contractante să justifice în mod corespunzător decizia de excludere luată cu privire la un anumit operator economic.

Totodată, autoarea contestației precizează că, la luarea de decizie de excludere a ofertei sale, autoritatea contractantă a ignorat, dincolo de limitele legale ale dreptului său de apreciere, opiniile autorităților de reglementare și control în domeniul achizițiilor publice și al concurenței, respectiv ANAP și Consiliul Concurenței, precum și orientările emise de Comisia Europeană pentru autoritățile contractante cu privire la aplicarea acestui motiv de excludere și la modalitatea de evaluare a măsurilor de demonstrare în concret a credibilității prezentate de operatorii economici.

Nu în ultimul rând, după cum va arăta în continuare, decizia de excludere luată de autoritatea contractantă contravine practicii constante a Curții de Justiție a Uniunii Europene („CJUE”), precum și opiniilor exprimate în literatura de specialitate în ceea ce privește importanța principiului proporționalității și exercitarea libertății de apreciere autorităților contractante în limitele acestui principiu, respectiv în limitele a ceea ce este adecvat și necesar pentru a răspunde obiectivului urmărit de reglementarea cazurilor de excludere din procedura de atribuire.

II. Nelegalitatea comunicării privind rezultatul procedurii și a raportului procedurii

1.1 Aspecte preliminare privind regulile și principiile aplicabile măsurilor de stabilire în concret a credibilității reglementate de art. 171 din Legea nr. 98/2016 și evaluarea acestora de către autoritățile contractante

Având în vedere că, după cum a anticipat mai sus și urmează să prezinte și în continuare, decizia autorității contractante încalcă flagrant prevederile legale aplicabile, principiul proporționalității, opiniile autorităților de reglementare și control în domeniul achizițiilor publice și al concurenței, respectiv ANAP și Consiliul Concurenței, precum și orientările emise de Comisia Europeană pentru autoritățile contractante cu privire la aplicarea acestui motiv de excludere și la modalitatea de evaluare a măsurilor de demonstrare în concret a credibilității prezentate de operatorii economici, contestatoarea apreciază necesar să prezinte în continuare câteva dintre regulile și principiile aplicabile măsurilor de stabilire în concret a credibilității reglementate de art. 171 din Legea nr. 98/2016 și evaluarea acestora de către autoritățile contractante, relevante pentru cauză:

(i) Măsurile prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 sunt exemplificative și au ca scop asigurarea autorității contractante că au fost luate măsuri apte să prevină săvârșirea unor noi infracțiuni/abateri disciplinare.

În acest sens, autoarea contestației arată că potrivit *Comunicării privind instrumentele de combatere a coluziunii în domeniul achizițiilor publice și privind orientările referitoare la modul de aplicare a motivului de excludere ca urmare a coluziunii (2021/C91/01)* („Comunicarea CE”), emisă de Comisia Europeană:

„Informațiile precise sau dovezile pe care operatorul economic le poate prezenta pentru evaluarea efectuată de autoritatea contractantă diferă de la caz la caz”.

Totodată, „autoritatea contractantă trebuie, de asemenea, să dea dovadă de proporționalitate atunci când evaluează măsurile de „autocorectare” prezentate de ofertantul în cauză”, iar „principiul proporționalității impune, în general, autorității contractante să efectueze o evaluare specifică și individuală a operatorului economic în cauză (37), independent de deciziile anterioare luate de alte autorități (a se vedea secțiunea 5.4) și respectând dreptul operatorului de a prezenta măsuri de „autocorectare” (a se vedea secțiunea 5.7)”

Astfel, contrar conduitei adoptate de autoritatea contractantă în cadrul actelor atacate, petenta menționează că evaluarea măsurilor de stabilire în concret a credibilității se impunea a fi realizată prin raportare la situația de fapt și de drept concret aplicabilă societății sale.

(ii) Autoritățile contractante sunt ținute să evalueze toate măsurile luate de operatorii economici ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere - în lumina principiilor și drepturilor specifice achizițiile publice și a dreptului UE, respectiv principiului proporționalității, a egalității de tratament, asigurarea dreptului la apărare și a respectării concurenței.

Contestatoarea arată că potrivit art. 171 alin. (3¹) din Legea nr. 98/2016: "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".

Totodată, potrivit Comunicării CE, posibilitatea de a exclude un operator economic „ca urmare a unei suspiciuni de coluziune nu este interpretată în directivă drept sancțiune pentru comportamentul său înainte sau în timpul procedurii de atribuire. Aceasta servește mai degrabă ca mijloc de asigurare a respectării principiului egalității de tratament și al concurenței în cadrul procedurii de atribuire, precum și de asigurare a integrității, a fiabilității și a caracterului adecvat al viitorului contractant în vederea executării contractului."

Pornind de la această premisă, „autoritățile contractante trebuie să aibă în vedere în toate etapele procedurii de atribuire că excluderea unui operator economic de la procedură are ca rezultat limitarea efectivă a concurenței și a posibilității de alegere pentru achizitorul public. Aceasta este o măsură care trebuie utilizată cu prudență (în special în sectoarele în care există un număr limitat de operatori economici activi) și numai în cazul în care integritatea și fiabilitatea viitorului contractant nu pot fi asigurate prin alte măsuri mai puțin drastice".

Prin urmare, contestatoarea subliniază faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să acorde o importanță deosebită principiului proporționalității pentru luarea deciziei de excludere a ofertei sale și nu să procedeze la excluderea nejustificată a acesteia, prin invocarea de motive inaplicabile situației concrete, fără o motivare a deciziei sale.

(iii) Autoritățile contractante sunt ținute să justifice decizia de excluderea unui operator economic furnizând acestuia o prezentare a motivelor concrete care au condus la această decizie

Autoarea contestației arată că potrivit art. 171 alin. (3²) din Legea nr. 98/2016: „(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."

Acest principiu, statuat și în practica CJUE, este suplimentar clarificat de Comisia Europeană în Comunicarea CE, în care aceasta instrucează autoritățile contractante în sensul că:

- autoritatea contractantă trebuie să analizeze măsurile de self-cleaning „ținând seama de gravitatea sau de circumstanțele particulare ale încălcării și să furnizeze justificări atunci când decide că dovezile nu sunt suficiente pentru a-i permite ofertantului să participe în continuare la procedură".

- „puterea de apreciere a autorității contractante în ceea ce privește excluderea unui operator de la procedura de atribuire este, de asemenea, atenuată de necesitatea ca decizia să fie bine documentată și motivată corespunzător".

După cum va arată în continuare, decizia de excludere a ofertei sale din procedură nu este bine documentată și motivată corespunzător, aceasta întemeindu-se pe motive externe cauzei și oricum nejustificate.

(iv) Raportat la specificul fiecărei situații în parte, dar și la prevederile legale incidente specifice altor domenii de drept (legislația muncii, legislația concurențială) măsurile efectiv implementate în baza art. 171 alin. (3) pot să difere sau să poată fi implementate doar în anumite intervale de timp sau doar în anumite situații premise

Contrar celor reținute de autoritatea contractantă, contestatoarea arată că măsurile efectiv implementate în baza art. 171 alin. (3) pot să difere sau să poată fi implementate doar în anumite intervale de timp sau doar în anumite situații premise. În concret:

a) repararea prejudiciului - devine aplicabilă doar în situația în care există o plângere împotriva operatorului economic;

b) clarificarea faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă abaterea, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația - măsură ce vizează comportamentul operatorului economic pe durata investigației;

c) adoptarea de măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal - măsuri ce pot fi implementate, cum este cazul de față, prin raportare la ghiduri sau orientări emise de autoritățile competente în domeniul de specialitate al abaterii.

Or, petenta susține că autoritatea contractantă a ignorat, în mod nejustificat, anumite măsuri dispuse de SRL pentru simplul motiv că acestea erau consemnate în documente cu o dată anterioară emiterii deciziei de sancționare. Refuzul autorității contractante de analiza toate măsurile de demonstrarea credibilității luate de societatea sa echivalează cu o limitare nepermisă de lege a dreptului societății sale de a lua și prezenta aceste măsuri.

(v) În sprijinul autorităților contractante au fost emise opinii și recomandări de către autoritățile de reglementare și control în domeniul achizițiilor publice și al dreptului concurenței, opinii care se impun a fi luate în considerare de către autoritățile contractante la evaluarea măsurilor de a restabilire a credibilității

Autoarea contestației arată că, în sprijinul autorităților contractante, au fost emise și următoarele orientări la nivel național și european:

■ Opinia Comună 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, cu modificările și completările ulterioare, ale art. 184 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 84 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, emisă de ANAP și Consiliul Concurenței la data de Opinia Comună cu privire la dovezile pe care le poate furniza un operator economic autorității contractante în vederea demonstrării credibilității potrivit prevederilor, emisă de ANAP și Consiliul Concurenței la data de 05.08.2020 ("Opinia Comună");

■ ulterior adoptării Opiniei Comune, în data de 18.03.2021, a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, Comunicarea privind instrumentele de combatere a coluziunii în domeniul achizițiilor publice și privind orientările referitoare la modul de aplicare a motivului de excludere ca urmare a coluziunii (2021/C91/01) („Comunicarea CE”).

Contestatoarea precizează că, din cuprinsul actelor atacate, rezultă că autoritatea contractantă nu a avut în vedere niciuna dintre recomandările incluse în cadrul acestor orientări. Or, deși orientările

menționate nu limitează dreptul de apreciere al autorității contractante, acestea se impun a fi luate în considerare cel puțin din perspectiva evaluării limitelor de exercitare a acestui drept de apreciere (fiind evident că ignorarea nejustificată a unei recomandări emise de o autoritate competentă denotă o exercitare abuzivă a dreptului de apreciere).

1.2. Nelegalitatea înlăturării de către autoritatea contractantă a documentelor justificative privind măsurile luate de SRL pentru demonstrarea în concret a credibilității care sunt date și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței

După cum a arătat și în expunerea situației de fapt, autoarea contestației menționează că decizia autorității contractante de a exclude oferta sa din procedură se întemeiază într-o proporție, dacă nu majoritară, cel puțin semnificativă, pe înlăturarea de către aceasta a măsurilor luate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței.

În concret, după cum a și adus la cunoștință autorității contractante prin răspunsul la solicitarea de clarificări, o serie importantă de măsuri de demonstrare în concret a credibilității au fost luate de societatea sa anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, dar după cunoașterea obiectului investigației și a naturii faptelor față de care plana suspiciunea de încălcare a legislației concurențiale.

Petenta susține că, în mod netemeinic și nelegal, autoritatea contractantă a înlăturat aceste măsuri luate de societatea sa din cadrul măsurilor luate în considerare pentru evaluarea credibilității societății sale, fără a motiva în concret această decizie, limitându-se doar la consemna că „eventualele documente de natură să dovedească credibilitatea dumneavoastră ar fi trebuit să fie ulterioare deciziei de sancționare” și că acestea „nu reprezintă măsuri suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității având în vedere că sunt anterioare emiterii deciziei prin care ați fost sancționat”.

În opinia contestatoarei, considerentele avute în vedere de autoritatea contractantă în acest sens sunt contrare (i) prevederilor legale aplicabile, atât în interpretarea lor literală, gramaticală, cât și într-o interpretare teleologică a acestora, precum și (ii) opiniilor și recomandărilor emise de autoritățile de reglementare și control în domeniul achizițiilor publice și concurenței, respectiv ANAP, Consiliul Concurenței și Comisia Europeană, precum și (iii) opiniilor exprimate în literatura de specialitate.

În acest sens, solicită Consiliului să rețină că, potrivit prevederilor legale aplicabile în cauză, respectiv art. 164 alin. (1) lit. c) și alin. (3) și art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, măsurile pe care un operator economic le poate lua pentru a-și demonstra în concret credibilitatea se raportează la motivele de excludere, respectiv, în cazul concret al abaterii reglementate de art. 164 alin. (1) lit. c) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016, la fapta care ar putea fi considerată ca fiind ilicită,

adoptarea acestora nefiind condiționată de legiuitor de existența unei decizii a unei autorități contractante.

Astfel, din simpla lectură a art. 164 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, rezultă că decizia instanței de judecată sau a autorității administrative reprezintă un posibil mijloc de probă pe care autoritatea contractantă îl poate invoca în susținerea existenței cazului de excludere, această prevedere legală neputând fi extinsă, pe cale de interpretare, ca instituind un termen de la care măsurile luate de operatorii economici potrivit art. 171 alin. (1) ar putea fi dispuse.

Dimpotrivă, din cuprinsul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care reglementează tipul de măsuri ce pot fi luate de operatorii economici, rezultă în mod clar expres și neechivoc că unele dintre măsuri nu ar putea fi luate decât anterior emiterii deciziei autorității contractante.

În concret, raportat la specificul fiecărei situații în parte, dar și la prevederile legale incidente specifice altor domenii de drept (legislația muncii, legislația concurențială), contestatoarea arată că măsurile efectiv implementate în baza art. 171 alin. (3) pot să difere sau să poată fi implementate doar în anumite intervale de timp sau doar în anumite situații premise, cum ar fi:

(i) „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”.

Acest tip de măsură ar putea fi luată, în funcție de circumstanțele cauzei, după emiterea unei decizii de sancționare dar și anterior unei asemenea decizii (spre exemplu în cazul recunoașterii faptei și individualizării unui prejudiciu care ar putea fi cunoscut anterior emiterii deciziei).

În acest sens, chiar în cuprinsul Comunicării CE, Comisia Europeană instrucează autoritățile contractante, pe de o parte, în sensul că măsurile de demonstrare a credibilității diferă de la caz la caz (implicând astfel și varietatea temporală a măsurilor), iar, pe de altă parte, în ceea ce privește măsura concretă analizată la acest punct, notează că „de exemplu, operatorul trebuie să demonstreze că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație pentru comportamentul său ilegal numai în cazul în care există o plângere împotriva sa”.

Prin urmare, nici măcar în cazul acestui tip de măsură reglementată de art. 171 alin. (3) nu se poate reține că ar putea fi implementată, respectiv recunoscută de autoritățile contractante, doar după data emiterii unei decizii de sancționare, din moment ce nu poate fi exclusă situația în care o plângere împotriva operatorului economic cu privire la prejudiciile invocate a fi fost cauzate prin fapta ilicită să fie inițiată anterior emiterii unei decizii de sancționare.

(ii) „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”

În opinia petetentei, o asemenea măsură de demonstrare a credibilității nu poate fi luată decât pe durata investigației, respectiv anterior emiterii deciziei de sancționare.

De altfel, după cum a adus la cunoștința autorității contractante și va arăta în detaliu și mai jos, cooperarea sa cu autoritatea de concurență pe parcursul derulării investigației este consemnată chiar în cuprinsul Deciziei Consiliului Concurenței, fiind evident că această măsură nu poate fi decât anterioară emiterii acesteia.

O interpretare contrară ar conduce la concluzia că această măsură ar fi inaplicabilă.

(iii) „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.”

Cu privire la acest tip de măsură, autoarea contestației notează, pe de o parte, că prevederile imperative, speciale și de strictă interpretare ale art. 171 alin. (3) nu prevăd nicio limită temporală pentru adoptarea unei asemenea măsuri.

Mai mult, în materia specifică a dreptului concurenței, prin Opinia Comună, autoritățile de reglementare în materia achizițiilor publice și concurenței, respectiv ANAP și Consiliul Concurenței, consiliază autoritățile contractante în sensul că „operatorul economic poate furniza și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență și să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor”.

Or, în cazul concret al societății sale, implementarea unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență s-a realizat pe parcursul derulării investigațiilor și a fost analizată și confirmată de către Consiliu.

Această situație este frecventă în practică, după cum rezultă din Lista actualizată a operatorilor economici care au fost implicați în investigații privind trucarea de licitații, publicată de Consiliu, în continuarea demersurilor inițiate prin Opinia Comună și *„pentru a veni în sprijinul autorităților/entităților contractante care fac evaluarea”*. Se poate lesne observa că, în cuprinsul acestei liste publicate pentru a veni în sprijinul autorităților contractante care fac evaluarea măsurilor demonstrarea credibilității, Consiliul menționează, pentru fiecare operator sancționat în parte, dacă acesta a aplicat sau nu un program de conformare.

Având în vedere că, potrivit prevederilor Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență *„Consiliul Concurenței nu va evalua programele individuale de conformare ale*

întreprinderilor în afara unei investigații" este evident că autoritățile contractante sunt instruite să ia în considerare și programele de conformare cu legislația concurențială implementate de operatorii economici sancționați anterior emiterii deciziei de sancționare, programe care au fost evaluate de către Consiliu pe parcursul investigației și reținute ca fiind conforme în cuprinsul deciziei de sancționare.

Sintetizând cele mai sus expuse, contestatoarea precizează că, în lipsa unui text legal expres, nimic nu oprește un operator economic să ia măsuri de demonstrare în concret a credibilității inclusiv pe parcursul derulării unor investigații cu privire la potențiala săvârșire de către acesta a unei fapte ce ar putea constitui abatere profesională gravă. Mai mult, asemenea demersuri reflectă mai degrabă preocuparea respectivului operator economic pentru remedierea sau, după caz, prevenirea oricăror alte fapte potențial ilicite, tocmai luarea promptă a unor asemenea măsuri demonstrând credibilitatea operatorului economic.

În acest context, autoarea contestației subliniază că legea nu face distincție între tipul de măsuri de remediere ce pot fi dispuse de către operatorii economici din perspectiva unei potențiale date de referință de la care asemenea măsuri ar putea fi dispuse, astfel încât, fiind în prezența unor prevederi legale imperative care reglementează o situație excepțională - respectiv sancțiunea extremă a excluderii dintr-o procedură de atribuire - nici autoritatea contractantă nu are dreptul de a face această distincție.

Mai mult, potrivit jurisprudenței CJUE, dreptul prevăzut la articolul 57 alin. (6) din Directiva 2014/24 nu depinde de statele membre și nu depinde, în ceea ce privește conținutul său esențial, de ceea ce stabilesc acestea. Astfel, în procedura în fața Curții s-a reținut că: "Dispoziția oferă ea însăși indicații cu privire la cerințele minime care trebuie dovedite și, prin urmare, evaluate. Aceasta indică de asemenea în funcție de ce criterii (gravitate și circumstanțe particulare) va fi efectuată evaluarea și care sunt consecințele evaluării pozitive și ale celei negative. În plus, dispoziția respectivă precizează când nu va exista dreptul de a prezenta măsuri de corectare. În sfârșit, aceasta stabilește aspectele de bază ale regimului și ale conținutului dreptului respectiv."

Astfel, în aplicarea art. 57 para. (7) din Directiva, Legea nr. 98/2016 a reglementat în art. 171 dovezile pe care un operator economic le poate furniza autorității contractante pentru a-și demonstra credibilitatea (care atestă practic măsuri de self-cleaning). Ceea ce trebuie subliniat este că aceste măsuri trebuie aplicate în concordanță cu domeniul de aplicare și cu raționamentul Directivei și al dreptului UE.

Astfel, atunci când evaluează măsurile de demonstrare în concret a credibilității, o autoritate contractantă trebuie să aibă în vedere scopul acestor măsuri, respectiv demonstrarea în concret a credibilității față de potențialele motive de excludere, și vocația acestor măsuri de a „preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite”, indiferent de data dispunerii acestora.

În acest context, prin raportare la cazul concret dedus controlului de legalitate, contestatoarea solicită Consiliului să rețină că autoritatea contractantă a avut la dispoziție toate informațiile necesare pentru a înțelege contextul dispunerii măsurilor de demonstrare a credibilității adoptate de către societatea sa - inclusiv cele adoptate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței - și a ignorat faptul că toate măsurile dispuse demonstrează preocuparea sa de preîntâmpinare a săvârșirii de fapte neconcurențiale, chiar și în condițiile în care și-a manifestat dreptul legitim la apărare și a solicitat anularea Deciziei Consiliului Concurenței.

În concret, contestatoarea precizează că, așa cum rezultă din Decizia Consiliului Concurenței, precum și din acțiunea de anulare a acesteia formulată de către societatea sa și prezentată autorității contractante, investigația care a condus la emiterea Deciziei Consiliului Concurenței a fost inițiată prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței de inspecție nr. 309/10.05.2021.

În temeiul acestui ordin, Consiliul Concurenței a efectuat inspecții inopinate cu privire la ... (spre exemplu în data de 12.05.2021) și alte societăți investigate. Astfel, încă din data de 12.05.2021, societatea sa a fost înștiințată de către existența cel puțin a unei suspiciuni cu privire la o potențială faptă care ar putea constitui abatere profesională gravă din perspectiva legislației comerciale.

Prin urmare, cu bună credință și în mod prompt, a dispus măsuri în vederea demonstrării în concret a credibilității sale și prevenirii oricăror fapte neconcurențiale, chiar anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței. În concret, petenta arată că:

(i) Pe parcursul investigației, a colaborat cu inspectorii de concurență, a furnizat toate informațiile solicitate și a clarificat solicitările acestora, cu respectarea obligațiilor legale.

Acest fapt rezultă din Secțiunea 9.3.1 paragrafele 370-371 din Decizia (pag. 110 din Decizie) nr. .../2023, în care Consiliul consemnează că nu a fost reținută nicio circumstanță agravantă dintre cele enumerate, respectiv nici circumstanța agravantă de la paragraful 370 lit. c) "refuzul de a coopera cu Consiliul Concurenței sau obstrucționarea acestuia la desfășurarea investigațiilor":

(370) Nivelul de bază poate fi majorat atunci când Consiliul Concurenței constată că există circumstanțe agravante, precum:

c) refuzul de a coopera cu Consiliul Concurenței sau obstrucționarea acestuia în desfășurarea investigațiilor;

(371) În cazul de față se rețin circumstanțe agravante".

(ii) De asemenea, a implementat, în data de 19 decembrie 2022, un Program de conformare cu legislația concurențială, atât la nivel intern, cât și în relația cu partenerii săi comerciali, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului.

În acest sens:

■ a elaborat un Ghid de conformare cu legislația concurențială, în data de 19.12.2022, care a fost comunicat angajaților în data de 15 iunie 2023;

- a organizat sesiuni de training de către experți în domeniul dreptului concurenței, atât pentru personalul propriu, cât și pentru partenerii contractuali;

- aceste sesiuni de training s-au realizat în perioada 19 decembrie 2022 - 22 februarie 2023;

- anumiți angajați ai societății au participat la sesiuni de training privind respectarea regulilor de concurență, sesiuni de training efectuate de către alți parteneri externi ai societății;

- managementul companiei a participat la sesiuni de training efectuate de ... din care face parte societatea pe parcursul anilor 2021-2022;

- are implementat la nivelul societății și la nivel de Grup, un Cod de conduită care a fost adus la cunoștința salariaților, iar salariații sunt instruiți periodic cu privire la conținutul acestuia; acest Cod de conduită reglementează inclusiv regulile de concurență și, în cadrul acestuia, este exprimată poziția, clară, fermă, publică a societății în sensul respectării normelor de concurență.

Consiliul Concurenței a analizat măsurile dispuse de societatea sa și a reținut ca și circumstanțe atenuante la individualizarea sancțiunii: „aplicarea unui program de asigurare a conformității cu legislația din domeniul concurenței” și ”promovarea regulilor de concurență la nivelul partenerilor comerciali ai societății”, diminuând amenda cu 15% pentru aceste circumstanțe. Acest fapt rezultă din Secțiunea 9.3.2.1 paragrafele 375-376 din Decizia nr. .../2023 (pag 111 și 112 din Decizie).

În concret, prin avizarea acestui program și prin reținerea acestuia ca circumstanță atenuantă, Consiliul Concurenței a certificat eficiența acestuia în a preveni și limita repetarea unor abateri similare. Mai în detaliu, prin reținerea programului de asigurare a conformității cu legislația în domeniului concurenței ca și circumstanță atenuantă, Consiliul a confirmat îndeplinirea de către acest program a elementelor esențiale ale unui program de conformare definite prin Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență elaborat de Consiliu, după cum urmează:

„Elementele esențiale ale unui program de conformare, care trebuie detaliate prin sesiuni de instruire/evaluare, proceduri și printr-un document (manualul de conformare) disponibil tuturor angajaților și ușor de înțeles - indiferent de formă - sunt următoarele:

- poziția clară, fermă, publică a managementului companiei în sensul respectării normelor de concurență;

- desemnarea uneia sau mai multor persoane responsabile cu programul de conformare al întreprinderii;

- informarea eficientă, instruirea adecvată și măsuri de conștientizare privind necesitatea conformării cu normele de concurență;

- control, audit al conformării și informare promptă privind neconformarea cu normele de concurență;

- crearea unui sistem de monitorizare și evaluare al conformării cu normele de concurență.”

(extras din Capitolul 3.2 Cerințe pentru un program eficient de conformare din Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență)

Or, din moment ce autoritatea de concurență care a și aplicat sancțiunea ce este calificată de autoritatea contractantă drept abatere profesională gravă a constatat că măsurile dispuse de societatea sa pe perioada investigației, deci anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, se încadrează în categoria circumstanțelor atenuante care justifică diminuarea amenzii, este evident că aceste măsuri sunt relevante pentru stabilirea în concret a credibilității sale raportat la fapta reținută de Consiliu.

Totodată, contestatoarea subliniază că programele de conformare cu legislația de concurență nu reprezintă măsuri punctuale, de aplicabilitate unică, ci certifică implementarea unui sistem intern de prevenție, care funcționează în mod continuu, aplicabilitatea acestora fiind continuă. În acest sens, potrivit Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, aceste programe:

- "au menirea de a crea un climat de respectare al normelor de concurență și de dezvoltare a unor metode proprii identificării și remedierii eventualelor încălcări";

- "permit întreprinderilor să evite încălcarea legislației aplicabile în domeniul concurenței. Aceste programe se bazează atât pe materiale informative menite să creeze și să dezvolte o cultură a conformității (manualul de conformare), cât și pe mecanisme operaționale de alertă - de audit, avertizare, consiliere și responsabilizare - indispensabile pentru implementarea efectivă a unui astfel de program".

Astfel, toate măsurile luate în cadrul programului de conformare cu legislația comercială sunt continue, fiind necesară analizarea acestora cumulativ, indiferent de data de origine - relevantă pentru stabilirea credibilității fiind tocmai implementarea lor continuă și coroborată. De altfel, tocmai aceasta a confirmat Consiliul Concurenței prin reținerea programului de conformare, respectiv faptul că societatea sa a creat un climat de respectare a normelor de concurență, atât prin elaborarea și diseminarea de materiale informative care să creeze o cultură a conformității, cât și prin crearea mecanismelor operaționale adecvate pentru audit, avertizare, consiliere și responsabilizare.

Prin urmare, în opinia petentei, înlăturarea acestor măsuri este abuzivă și din perspectiva faptului că autoritatea contractantă nu a luat în considerare caracterul continuu al respectivelor măsuri, după data emiterii Deciziei Consiliului Concurenței. În concret, autoritatea contractantă nu a luat în considerare că Programul de asigurare a conformității cu legislația din domeniul concurenței, atât la nivel intern cât și la nivelul partenerilor comerciali, a fost reiterat și aplicat în mod continuu, inclusiv după data emiterii Deciziei Consiliului Concurenței.

Totodată, înlăturarea măsurilor dispuse de societatea sa pe parcursul investigației derulată de Consiliul Concurenței, inclusiv, după cum a arătat mai sus, a măsurilor analizate și apreciate drept adecvate de autoritatea de concurență, limitează, într-un mod nepermis de lege, dreptul expres recunoscut de art. 171 din Legea nr. 98/2016 de a dispune măsuri de restabilire în concret a credibilității.

Față de cele mai sus expuse, solicită Consiliului să rețină că în mod netemeinic și nelegal autoritatea contractantă nu a luat în considerare, la evaluarea măsurilor luate de către societatea sa pentru demonstrarea în concret a credibilității sale, documentele justificative care atestă măsurile implementate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței. În consecință, solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale cu luarea în considerare a tuturor măsurilor luate pentru demonstrarea în concret a credibilității, indiferent de data și numărul de înregistrare al documentelor care atestă asemenea măsuri.

1.3. Nelegalitatea înlăturării de către autoritatea contractantă a măsurii suspendării plății amenzii stabilite de Consiliul Concurenței din evaluarea dovezilor privind „efectuarea plății sau asumării obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin faptă” reținută prin Decizia Consiliului Concurenței

În ceea ce privește susținerea autorității contractante, în mod repetitiv, a faptului că societatea sa nu ar fi făcut dovada *„efectuării plății sau asumării obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului Concurenței”*, contestatoarea arată o asemenea măsură de demonstrare a credibilității nu este aplicabilă situației specifice societății sale, pentru următoarele motive:

Din simpla lectură a art. 171 alin. (3), teza 1, se poate lesne deduce că măsura față de acesta are în vedere atitudinea operatorului economic sancționat cu privire la *„eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită”*, față de care acesta poate lua măsura de efectuare a plății sau de asumare a obligației de plată a potențialelor despăgubiri.

Această interpretare este confirmată, dincolo de orice dubiu, de către Comisia Europeană și Consiliul Concurenței, după cum urmează:

- Prin Comunicarea CE, Comisia Europeană instrucează autoritățile contractante în sensul că „de exemplu, operatorul trebuie să demonstreze că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație pentru comportamentul său ilegal numai în cazul în care există o plângere împotriva sa”;

- Consiliul Concurenței și-a însușit această interpretare emisă de Comisia Europeană, precizând, în adresa nr. 10164/02.08.2023, următoarele: “Astfel, în ceea ce privește efectuarea plății sau asumarea acesteia, în Comunicarea CE se precizează că operatorul trebuie să demonstreze că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație pentru comportamentul său ilegal numai în cazul în care există o plângere împotriva sa.”

- În literatura de specialitate s-a reținut, de asemenea, că:

„57.129 (...) Not all cases require tenders to adopt all self cleaning measures: if, for example, the behaviour did not cause any damage no compensation must be paid.

(...)

57.134. (...) Tenderers refusing to pay for the damages they caused raised considerable doubts about the seriousness of their self cleaning efforts. On the other hand if there is no

damage it does not have to be compensated (see paragraph 57.129 above). Tenderers are also not required to actively search for injured parties" .

În traducere:

„57.129 (...) Nu toate cazurile impun ofertanților să adopte toate măsurile de autocurățare: dacă, de exemplu, comportamentul nu a cauzat niciun prejudiciu, nu trebuie plătite despăgubiri.

(...)

57.134. (...) Ofertanții care refuză să plătească despăgubirile pe care le-au cauzat ridică îndoieli considerabile cu privire la seriozitatea eforturilor lor de autocurățare. În schimb, dacă nu există niciun prejudiciu, acesta nu trebuie să fie reparat (a se vedea punctul 57.129 de mai sus). De asemenea, ofertanții nu sunt obligați să caute în mod activ părțile vătămate".

■ După cum a arătat și mai sus, CJUE a statuat că dreptul prevăzut la art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24 nu depinde de statele membre și nu depinde, în ceea ce privește conținutul său esențial, de ceea ce stabilesc acestea, astfel încât nu pot fi adăugate în legislația națională tipuri de măsuri suplimentare celor reglementate de legislația europeană. Prin urmare, nici interpretarea legislației naționale nu poate fi extinsă într-o manieră care să modifice conținutul dreptului prevăzut la art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24.

În acest context, petenta notează că nu a fost formulată nicio plângere împotriva societății sale cu privire la potențiale prejudicii care ar fi fost cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului Concurenței. Acesta fiind un fapt negativ, societatea sa se ne află în imposibilitate obiectivă de a-l demonstra prin alte mijloace decât propria declarație. De asemenea, nici autoritatea contractantă nu a prezentat o probă contrarie care să infirme declarațiile societății sale privind inexistența niciunei cereri de acoperire a unor prejudicii generate de fapta sancționată.

Prin urmare, solicită Consiliului să rețină că această măsură de demonstrare a credibilității nu este aplicabilă situației specifice a societății sale, astfel încât este nelegală și netemeinică reținerea de către autoritatea contractantă a neîndeplinirii acestei măsuri de demonstrare a credibilității sale.

În ceea ce privește pretinsa lipsă de asumare de către societatea sa a plății amenzii stabilite prin Decizia Consiliului Concurenței (care s-ar putea deduce, indirect din reținerile autorității contractante cu privire la plata despăgubirilor), contestatoarea solicită Consiliului să rețină că decizia autorității contractante este nelegală și netemeinică și sub acest aspect, pentru motivele pe care le va expune în continuare.

După cum autoritatea contractantă a luat la cunoștință, societatea sa a solicitat suspendarea plății amenzii, în conformitate cu prevederile art. 235 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de Procedură Fiscală, cererea sa fiind aprobată de către organul de executare, după cum rezultă din adresa emisă de ANAF cu nr. 13229/28.08.2023. Totodată societatea sa a făcut dovada formulării unei cereri de anulare a Deciziei Consiliului Concurenței, respectiv a adus la cunoștința autorității

contractante faptul că și-a manifestat dreptul legitim la apărare de a contesta actul administrativ prin care s-a impus amenda în sarcina sa.

Or, potrivit art. 235 alin. (1) din Legea nr. 207/2015 privind Codul de Procedură Fiscală:

"Art. 235: Suspendarea executării silite în cazul depunerii unei scrisori de garanție/poliță de asigurare de garanție

(1) În cazul contestațiilor formulate împotriva actelor administrative fiscale prin care se stabilesc creanțe fiscale, potrivit prezentului cod, inclusiv pe timpul soluționării acțiunii în contencios administrativ, executarea silită se suspendă sau nu începe pentru obligațiile fiscale contestate dacă debitorul depune la organul fiscal competent o scrisoare de garanție/poliță de asigurare de garanție la nivelul obligațiilor fiscale contestate și neachitate la data depunerii garanției. Valabilitatea scrisorii de garanție/poliței de asigurare de garanție trebuie să fie de minimum 6 luni de la data emiterii."

Totodată, potrivit alin. (6) al aceluiași articol, „pe toată perioada suspendării executării silite potrivit art. 233 alin. (21) și prezentului articol, pentru creanțele fiscale ce fac obiectul suspendării, organul fiscal nu emite și nu comunică decizii referitoare la obligațiile fiscale accesorii."

Prin urmare, societatea sa și-a manifestat un drept recunoscut de lege și care este compatibil cu principiul respectării dreptului la apărare, solicitând suspendarea executării obligației de plată până la soluționarea definitivă a cererii de anulare formulate împotriva Deciziei Consiliului Concurenței, depunând în acest sens instrumente de garantare a îndeplinirii obligației de plată pentru situația în care cererea sa de anulare ar fi respinsă.

Or, un asemenea demers se impune a fi calificat drept asumare de către societatea sa a obligației de plată a amenzii, interpretarea dată de către autoritatea contractantă încălcând flagrant principiul proporționalității, precum și scopul urmărit de legiuitor prin instituirea acestei măsuri de restabilire a credibilității.

După cum s-a reținut și în literatura de specialitate:

"It is submitted that tenders are not obliged to pay damages unconditionally regarding any claim for compensation asserted. Instead, they have a right to take legal action against these claims and are not required to make statements in a trial that would impair their situation. For the purposes of self cleaning, in these cases, it can suffice to undertake - generally - to compensate damages which occurred because of the misconduct".

În traducere:

„S-a susținut că ofertanții nu sunt obligați să plătească despăgubiri în mod necondiționat în ceea ce privește orice eventuală cerere de despăgubire invocată. În schimb, aceștia au dreptul de a lua măsuri legale împotriva acestor pretenții și nu sunt obligați să facă declarații într-un proces care le-ar afecta situația. În scopul auto-curățării, în aceste cazuri, poate fi suficient să se asume - cu titlu general - compensarea daunelor care au apărut din cauza comportamentului necorespunzător."

Astfel, chiar prin raportare la situația despăgubirilor pentru acoperirea unor eventuale prejudicii - situația inaplicabilă în cauză, însă care relevă o faptă de o gravitate mai ridicată decât cea analizată în cauză - ofertanților le este recunoscut dreptul de a a suma obligația de plată cu titlu general, fără a-și limita dreptul de a lua măsuri legale împotriva oricăror pretenții.

Același principiu trebuie recunoscut și în cazul obligației de plată a amenzii. Astfel, depunerea unei solicitări de suspendare a executării

acestei obligații de plată, susținută prin constituirea de instrumente de garantare apreciate ca fiind suficiente și adecvate de către organul de specialitate în materie de executare silită fiscală, respectiv ANAF, se impune a fi recunoscută drept asumare a obligației de plată a amenzii dispuse prin Decizia Consiliului Concurenței.

Față de cele mai sus menționate, solicită Consiliului să rețină, în principal că măsura de restabilire a credibilității care privește „efectuarea plății sau asumării obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta” reținută prin Decizia Consiliului Concurenței nu este aplicabilă în situația concretă a societății sale pentru simplul motiv că nicio cerere pentru acoperirea vreunui potențial prejudiciu nu a fost formulată împotriva societății sale.

În subsidiar, în măsura în care plata amenzii stabilite prin Decizia Consiliului Concurenței ar fi calificată drept măsură de restabilire a credibilității echivalentă celei privind acoperirea potențialelor prejudicii, autoarea contestației solicită Consiliului să rețină că societatea sa a întreprins toate demersurile legale pentru a asuma obligația de plată a amenzii. Mai mult pentru eliminarea oricărui dubiu, toate condițiile legale pentru asumarea obligației de plată a amenzii au fost verificate de către organul de executare silită competent și aprobate ca atare de acesta prin intermediul adresei ANAF nr. 13229/28.08.2023.

Pentru motivele anterior expuse, solicită Consiliului să constate nelegalitatea și netemeinicia motivelor de excludere a ofertei sale din procedură sub acest aspect.

1.4. Nelegalitatea modalității de evaluare de către autoritatea contractantă a măsurilor de restabilire a credibilității luate de societatea sa „cu privire la personal”

Preliminar, contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu motivează în concret de ce toate măsurile luate de societatea sa în materie de personal nu ar fi suficiente, ci doar se limitează la a reține că *„nu au fost inițiate minime demersuri pentru a identifica eventualii salariați a căror conduită nu este corespunzătoare raportat la legislația care guvernează achizițiile publice”*.

Pornind de la prezumția că această presupusă omisiune reprezintă motivul pentru care autoritatea contractantă a îndepărtat toate celelalte măsuri luate de societatea sa în acest sens, solicită Consiliului să rețină următoarele:

În primul rând, sancțiunea dispusă prin Decizia Consiliului Concurenței privește o pretinsă faptă neconcurențială, prin raportare la prevederile Legii nr. 21/1996 a concurenței. În concret, Consiliul Concurenței a constatat încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 21/1996 a concurenței.

Din nicio dispoziție a Deciziei Consiliului Concurenței nu rezultă încălcarea de către societatea sa a legislației care guvernează achizițiile publice. De altfel, o asemenea încălcare nici nu ar putea fi susținută în

condițiile în care fapta pretins neconcurențială privește pretinsa reținere a societății sale de a participa la o procedură de achiziție publică. Evident, în lipsa oricărui act de participare la procedura de achiziție publică nu poate fi reținută nici încălcarea vreunei dispoziții din legislația specială în materia achizițiilor publice.

Prin urmare, având în vedere că măsurile de restabilire în concret a credibilității reglementate de art. 171 din Legea nr. 98/2016 sunt raportate la abaterea profesională concretă care este invocată drept motiv de excludere din procedură, solicitarea autorității contractante de a prezenta măsuri pentru demonstrarea credibilității raportat la legislația care guvernează achizițiile publice este disproporționată și excede limitele dreptului său legitim de apreciere.

În al doilea rând, chiar dacă s-ar admite, în scop pur argumentativ, că abaterea de la legislația concurențială invocată de Consiliul Concurenței în decizia sa consemnează și un comportament necorespunzător prin raportare la legislația achizițiilor publice (prin corelarea comportamentului pretins necorespunzător cu o procedură de achiziție publică), contestatoarea arată că, în cadrul actului de sancționare - după cum este de notorietate în cazul unor asemenea acte - sunt menționate persoanele al căror comportament a fost apreciat necorespunzător de către Consiliul Concurenței, prin raportare la legislația în materia concurenței. Prin urmare, nu era necesară inițierea de către societatea sa a unor „minime demersuri” pentru a identifica eventuali salariați al căror comportament a condus la pretinsa abatere profesională gravă.

Fără a aduce atingere dreptului autorității contractante de a solicita clarificările formale și de confirmare ale unei oferte, având în vedere caracterul extrem al măsurii de excludere din procedura de atribuire, în măsura în care autoritatea contractantă avea dubii concrete cu privire la măsurile dispuse de societatea sa în materie de personal, aceasta i-ar fi putut solicita clarificări suplimentare. Excluderea ofertei sale fără „minime demersuri” din partea comisiei de evaluare de a clarifica nelămuririle acesteia este disproporționată și nelegală.

1.5. În mod netemeinic și nelegal a constatat autoritatea contractantă că societatea sa ar fi trebuit să dovedească „eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător”

Preliminar, autoarea contestației reiterează faptul că măsurile organizatorice și în materie de personal care pot fi prezentate drept dovezi de stabilire a credibilității sunt exemplificative, după cum rezultă din interpretarea literală a textului de lege care folosește sintagma „cum ar fi”, dar și după cum este confirmat de către orientările emise de Comisia Europeană și Consiliul Concurenței, mai sus referite.

În acest context, relevante pentru evaluarea măsurilor de restabilire a credibilității cu privire la personal sunt următoarele aspecte,

de fapt și de drept, aduse la cunoștința autorității contractante sau care, fie se puteau desprinde din documentele justificative prezentate, fie puteau fi clarificate suplimentar:

- Prin Decizia nr. .../06.06.2023, Consiliul Concurenței nu a dispus în sarcina societății sale (i) măsuri corective comportamentale" și sau (ii) structurale. Totodată nu a fost reținută nicio faptă penală, nici nu s-au dispus alte măsuri preventive cu privire la societatea sa.

- Societatea sa și-a manifestat dreptul legitim de a solicita anularea Deciziei Consiliului Concurenței, astfel încât nu apreciază că sancțiunea aplicată de acesta a fost temeinică și legală respectiv că a fost săvârșit o faptă neconcurențială.

În acest context, pe de o parte:

- eliminarea legăturilor cu angajații societății implicați în faptele investigate de Consiliu ar fi o măsură disproporționată față de scopul urmărit de măsurile de restabilire a credibilității, respectiv acela de „asigurare a respectării principiului egalității de tratament și al concurenței în cadrul procedurii de atribuire, precum și de asigurare a integrității, a fiabilității și a caracterului adecvat al viitorului contractant în vederea executării contractului."

- orice măsură cu privire la angajați se impune a fi amânată până la momentul soluționării definitive și irevocabile a Dosarului nr. .../2/2023 referit în cuprinsul prezentei adrese, pe de parte, pentru că atitudinea procesuală a societății sale (de nerecunoașterea faptei și contestare a sancțiunii) nu este compatibilă cu sancționarea personalului implicat în pretinsa faptă neconcurențială, iar pe de altă parte, pentru că declarațiile acestora sunt importante în cadrul exercitării dreptului la apărare al societății sale;

- orice astfel de măsură va trebui luată cu respectarea legislației privind dreptul muncii, care prevede condiții specifice pentru atragerea răspunderii disciplinare a angajaților, dar și cu respectarea dreptului concurenței (încetarea intempestivă a relațiilor de muncă ar limita concurența mai ales în situațiile în care doar aceste societăți/organizații/persoane dispun de resurse/experiența necesară pentru a putea fi îndeplinite anumite cerințe din documentațiile de atribuire).

Astfel, indiferent de poziția procesuală a societății sale, instruirea personalului Societății pentru conformarea cu legislația concurențială, măsurile de conștientizare a drepturilor și obligațiilor acestora cu privire la respectarea legislației concurențiale, precum și măsurile organizatorice interne luate pentru asigurarea implementării și monitorizării programului de conformare cu legislația concurențială asigură un nivel ridicat de siguranță a proceselor de control intern de natură să-i susțină credibilitatea.

În acest sens, petenta reiterează că, în materie de personal, în cadrul programului de conformare cu legislația concurențială, a implementat training-uri interne cu angajații pe următoarele ...tici:

- Cadrul legal; Principii; Aspecte cheie; categorii de încălcări; relația cu concurenții; ...
- Înțelegeri orizontale. Dezvoltări practice. RCC;
- Înțelegeri verticale. Dezvoltări practice;
- Abuzul de poziție dominantă. Dezvoltări practice.
- De asemenea, angajații implicați în managementul participării societății sale la proceduri de atribuire a contractelor de achiziție publică, precum Directorii adjuncți ai Societății, Directorul General, Directorul de Vânzări, Directorul financiar au participat la cursuri pe ...tica Fair Competition.

Toate documentele justificative în acest sens au fost prezentate autorității contractante.

De altfel, după cum a arătat în mod repetat, Consiliul Concurenței a considerat adecvat programul de conformare cu legislația concurențială implementat de societatea sa, confirmând astfel elementele esențiale ale unui asemenea program, printre care și „informarea eficientă, instruirea adecvată și măsuri de conștientizare privind necesitatea conformării cu normele de concurență”, și „crearea unui sistem de monitorizare și evaluare al conformării cu normele de concurență” (extras din Capitolul 3.2 Cerințe pentru un program eficient de conformare din Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență).

Nu în ultimul rând, chiar dacă, în alte circumstanțe, eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător poate părea un instrument legitim de gestionare a riscurilor și de prevenire a unui comportament similar, în cazul abaterilor de la legislația concurențială, de cele mai multe ori, astfel de măsuri pot avea un impact negativ în ceea ce privește prevenirea și combaterea eficientă a abaterilor concurențiale, asigurarea concurenței și respectarea legislației muncii.

Acesta este și motivul pentru care legislația în domeniul concurenței pune accent pe creșterea gradului de conștientizare cu privire la drepturile și responsabilitățile angajaților, personalului implicat și managementului, pe monitorizarea continuă și testarea acestor cunoștințe și a implementării efective a acestor măsuri.

Pe de altă parte, având în vedere faptul că societatea sa și-a manifestat dreptul legitim la apărare solicitând anularea Deciziei nr. .../06.06.2023, inițierea de demersuri care ar tinde la sancționarea sau încetarea legăturilor cu angajații implicați în faptele investigate de Consiliu ar reprezenta un abuz al societății sale care ar putea pune la îndoială credibilitatea sa din perspectiva aplicării legislației în domeniul muncii și protecției sociale.

Mai mult, cu privire la imperativul respectării dreptului la apărare, inclusiv în situația evaluării măsurilor restabilire în concret a credibilității, contestatoarea arată că CJUE s-a pronunțat în sensul că:

„58. (...) Trebuie precizat că argumentul invocat în memoriul în apărare al Comisiei, conform căruia nerecunoașterea de către reclamantă, în timpul procedurii în contradictoriu, a

caracterului intenționat din partea sa al organizării unor proceduri concurențiale fictive evidențiate în raportul OLAF arăta că nu exista fiabilitate în privința sa, nu poate fi acceptat. Astfel, un operator economic care face obiectul unei proceduri de sancționare are întotdeauna dreptul de a se apăra împotriva motivelor invocate împotriva sa, iar exercitarea acestui drept nu aduce atingere aprecierii fiabilității sale ulterior faptelor care îi sunt imputate, având în vedere măsurile de remediere pe care le-a putut adopta."

În același sens este și practica CNSC care a reținut în mod constant că demersul de a contesta decizia de sancționare emisă de autoritatea de concurență nu poate conduce la limitarea dreptului de demonstrare în concret a credibilității.

Cu titlu de exemplu, autoarea contestației arată că prin decizia publicată în Buletinul Oficial, Consiliul a reținut că:

„Pe de altă parte, nu poate fi acceptată nici opinia că, din moment ce ...S.R.L. nu și-a recunoscut vinovăția și a atacat în justiție, Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/10.09.2020, societatea nu ar putea să își demonstreze fiabilitatea și credibilitatea, respectiv că ar fi exclusă de la aplicarea derogării de la art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Art. 171 din Legea nr. 98/2016 rămâne aplicabil indiferent dacă societatea a recunoscut sau nu faptele pentru care a fost sancționată. Similar, nici ... S.R.L nu poate fi admisă automat la procedurile de atribuire doar pentru că și-a recunoscut faptele (a încheiat un acord de recunoaștere cu CCR)".

În ceea ce privește posibilitatea eliminării legăturilor cu „organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător”, contestația arată că este o entitate independentă de celelalte societăți investigate de către Consiliu în contextul emiterii Deciziei nr. .../06.06.2023, niciuna dintre acestea nedeținând participații sau exercitând în orice alt mod un rol de control față de Societate sau invers, astfel încât acest tip de măsură nu este aplicabil în cauză pentru simplul motiv al inexistenței unei legături cu celelalte societăți implicate.

Oricum, ca măsură de prevenție, arată că, în standardul acordurilor/contractelor ce urmează a fi încheiate, Societatea a introdus în mod expres clauze de conformare cu legislația concurențială și obligația specifică a persoanelor ce fac parte din echipa desemnată de către societățile contractante să respecte confidențialitatea datelor primite în cadrul procedurilor în cauză și implicit legislația concurențială, fiind astfel preîntâmpinate incidente de nerespectare a legislației concurențiale.

Astfel, deși măsura eliminării legăturilor cu „organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător” nu este aplicabilă în situația societății sale, petenta solicită Consiliului să aibă în vedere că societatea sa a luat măsuri de prevenire a oricărui comportament necorespunzător al partenerilor contractuali, incluzând obligații ferme în sarcina acestora, obligații ce se vor regăsi, în mod obligatoriu, în orice contract încheiat de societatea sa. În acest sens, atașează comunicarea privind includerea acestor clauze în contractele ce vor fi încheiate.

Totodată, autoarea contestației precizează că, dacă autoritatea contractantă ar fi avut nelămuriri cu privire la dispunerea de măsuri în acest sens, aceasta își putea manifesta dreptul de a-i solicita clarificări suplimentare. Deși legea prevede dreptul și nu obligația autorității

contractante de a solicita asemenea clarificări, principiul proporționalității impune, mai ales în cazul aplicării unor sancțiuni extreme din procedura de atribuire, clarificarea suplimentară a ofertei și se opune respingerii acesteia, fără minime diligențe pentru eliminarea potențialelor neclarități.

Față de cele mai sus menționate, contestatoarea solicită Consiliului să rețină că, în mod netemeinic și nelegal, a constatat autoritatea contractantă că societatea sa nu ar fi făcut dovada *„eliminării eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător”*, respectiv că o asemenea dovadă ar fi fost necesară pentru stabilirea credibilității societății sale raportat la Decizia Consiliului Concurenței.

1.6. În mod netemeinic și nelegal a constatat autoritatea contractantă că societatea sa nu ar fi implementat sisteme de control și raportare și nu a înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme.

Contestatoarea reiterează că (i) măsurile organizatorice și în materie de personal care pot fi prezentate drept dovezi de stabilire a credibilității, în temeiul art. 173 alin. (3) sunt exemplificative și (ii) trebuie raportate la situația concretă și natura faptei considerată drept abatere profesională gravă.

Având în vedere că, în situația concretă a societății sale, fapt apreciată drept abatere profesională gravă este una pretins neconcurențială, ... a implementat măsuri tehnice și organizatorice precum și sisteme de control specifice acestui tip de abatere.

În acest sens, după cum a arătat și mai sus, societatea sa a implementat un Program de conformare cu legislația concurențială, care implică un sistem intern de conformare cu legislația concurențială, desemnarea unei persoane responsabile în acest sens, realizarea de acțiuni de instruire internă, precum și prin comunicarea politicilor societății în domeniul concurențial către parteneri.

Totodată, după cum a adus la cunoștința autorității contractante, societatea aplică Procedura de Sistem intern de control, elaborată la nivel de ... Această procedură este aplicabilă tuturor entităților ..., deci și societății sale și are ca scop monitorizarea și realizarea de controale și audituri interne, realizarea obiectivelor și politicilor corporative, contribuind astfel la îmbunătățirea sigură și durabilă a valorii corporative, la respectarea legilor și reglementărilor interne ale societății și la eliminarea și reducerea riscurilor asociate derulării activității societății.

Astfel, ... dispune de mecanismele specifice unei structuri de audit intern.

Mai mult, după cum a arătat în mod repetat mai sus, Consiliul Concurenței a confirmat, prin reținerea programului de conformare cu legislația concurențială implementat de societatea sa drept circumstanță atenuantă, îndeplinirea de către acest program a

elementelor esențiale ale unui program de conformare definite prin Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență elaborat de Consiliu, printre care și „control, audit al conformării și informare promptă privind neconformarea cu normele de concurență” (extras din Capitolul 3.2 Cerințe pentru un program eficient de conformare).

Prin urmare, rezultă că autoritatea contractantă nu a luat în considerare toate măsurile implementate de societatea sa, respectiv a ignorat Programul de conformare cu legislația concurențială - evaluat și acceptat de Consiliul Concurenței ca fiind adecvat - program care demonstrează inclusiv implementarea unui sistem de control, audit și raportare adecvat pentru prevenirea faptelor neconcurențiale, informarea angajaților și partenerilor contractuali cu privire la politicile concurențiale ale societății, precum și evaluarea promptă a măsurilor de evitare angajării societății în orice tip de comportament care ar putea fi considerat neconcurențial.

Pentru toate cele mai sus expuse, solicită Consiliului să rețină că motivul de excludere a ofertei sale pentru pretinsa omisiune de a implementa „sisteme de control și raportare” și de a „înființa o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme” a fost reținut fără analizarea în concret a măsurilor dispuse de societatea sa fiind astfel, neîntemeiat și nelegal.

Prin urmare, solicită obligarea autorității contractante la evaluarea ofertei sale în considerare a Programului de conformare cu legislația concurențială, program care a fost evaluat de autoritatea de concurență și considerat adecvat și care include inclusiv realizarea unui sistem intern de control audit și raportare.

1.7. Nerespectarea de către autoritatea contractantă a obligației de a motiva în concret decizia de excludere a societății sale din procedură. Nerespectarea de către autoritatea contractantă a principiului proporționalității.

Contestatoarea arată că potrivit art. 171 alin. (32) din Legea nr. 98/2016: „(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.”

Acest principiu, statuat și în practica CJUE, este suplimentar clarificat de Comisia Europeană în Comunicarea CE, în care aceasta instruează autoritățile contractante în sensul că:

- autoritatea contractantă trebuie să analizeze măsurile de self-cleaning „ținând seama de gravitatea sau de circumstanțele particulare ale încălcării și să furnizeze justificări atunci când decide că dovezile nu sunt suficiente pentru a-i permite ofertantului să participe în continuare la procedură”.

- „puterea de apreciere a autorității contractante în ceea ce privește excluderea unui operator de la procedura de atribuire este, de asemenea, atenuată de necesitatea ca decizia să fie bine documentată și motivată corespunzător”.

Cu toate acestea, din cuprinsul actelor atacate nu rezultă care sunt motivele concrete pentru care măsurile dispuse de societatea sa nu au

fost considerate suficiente. Astfel, simplele afirmații ale autorității contractante potrivit cărora societatea sa nu ar fi dovedit luarea unor anumite măsuri extrase din enumerarea exemplificativă prevăzută de lege, nu poate valora motivarea corespunzătoare a deciziei de excludere, mai ales în contextul caracterului extrem al acestei sancțiuni și importanței subliniate de legiuitor, de jurisprudența CJUE, precum și de orientările emise de Comisia Europeană, motivării acesteia.

În concret, după cum rezultă din prevederile legale aplicabile și interpretările clare, neechivoce ale acestora date de CJUE, Comisia Europeană, dar și CNSC și instanțele naționale, decizia de respingere trebuie să fie în concret motivată, autoritatea contractantă fiind ținută să indice, în concret, motivele pentru care a înlăturat anumite măsuri de remediere, precum și motivele pentru care a apreciat că altele sunt insuficiente.

Această obligație este o consecință directă a principiului proporționalității, după cum s-a reținut inclusiv în practica instanțelor naționale, cu titlu de exemplu, indicând Decizia 93/2021 a Curții de Apel Alba Iulia.

În opinia petentei, simpla enumerare a unor măsuri exemplificativ prevăzute de lege ca nefiind regăsite nominal între măsurile prezentate nu poate valora motivare corespunzătoare, autoritatea contractantă fiind ținută să precizeze de ce respectivele măsuri nu ar fi fost aplicabile, respectiv de ce măsurile deja prezentate nu ar acoperi scopul urmărit de măsurile care nu au fost regăsite nominal între cele prezentate. Comisia de evaluare avea obligația legală de a analiza în mod serios și temeinic toate aceste măsuri/documente furnizate și de a combate explica punctual de ce aceste măsuri nu sunt suficiente pentru a proba credibilitatea și fiabilitatea societății sale.

Mai mult, după cum a arătat mai sus, autoritatea contractantă a exclus oferta fără minime diligențe de a clarifica suplimentar unele aspecte față de care a avut în continuare dubii după transmiterea de către societatea sa a răspunsului la solicitarea de clarificare.

Or, atât lipsa de motivare a deciziei de excludere a ofertei sale, cât și omisiunea autorității contractante de a clarifica aspectele față de care avea în continuare dubii, sunt de natură să conducă la grava încălcare a principiului proporționalității și la limitarea nepermisă a dreptului societății sale de a prezenta măsuri de demonstrare a credibilității, atrăgând nelegalitatea deciziei de excludere din procedură.

Pentru toate argumentele mai sus expuse, solicită Consiliului să rețină că decizia de excludere este nelegală, dreptul de apreciere al autorității contractante fiind exercitat abuziv, fără o motivare și fundamentare corespunzătoare.

1.8. Nelegalitatea comunicării privind rezultatului procedurii sub aspectul neasumării acestuia de către autoritatea contractantă.

Invocând prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 66 alin. (3) și (5) din HG nr. 395/2016, contestatoarea subliniază faptul că adresa privind comunicarea privind rezultatul procedurii este semnată exclusiv de membrii comisiei de evaluare, în condițiile în care nici din documentele depuse în procedură și nici din lege nu rezultă că aceștia au fost împuterniciți să reprezinte autoritatea contractantă în ceea ce privește comunicarea rezultatului procedurii.

Prin urmare, în măsura în care autoritatea contractantă nu va face dovada împuternicirii membrilor comisiei de evaluare pentru a informa societatea sa cu privire la rezultatul evaluării ofertei sale, respectiv nu va confirma asumarea celor comunicate prin comunicarea privind rezultatul procedurii, solicită Consiliului să dispună anularea acestui act pentru lipsa asumării exprese a acestuia de către conducătorul autorității contracte, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Pentru toate argumentele expuse mai sus, solicită Consiliului să rețină că nu sunt aplicabile prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv nu sunt întrunite condițiile pentru anularea procedurii de atribuire, impunându-se anularea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire și reluarea procedurii, cu reevaluarea ofertei sale sub aspectele mai sus expuse.

Prin adresa nr. 19350/03.10.2023 înregistrată la Consiliu sub nr. .., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL.

Autoritatea contractantă învederează faptul că operatorul economic SRL a fost sancționat pentru încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor, prin Decizia Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023 (Anexa nr. 4), cu amendă în cuantum de 16.023.559,65 lei, reprezentând 4,25% din cifra de afaceri realizată în anul 2022, iar comisia de evaluare a apreciat că operatorul economic nu a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 (nu a dovedit asumarea obligației de plată și nici eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, nu a implementat sisteme de control și raportare, nu a înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme). Astfel, au fost aplicate dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

I. În fapt, autoritatea arată că în cadrul procedurii în cauză, în etapa DUAE, unicul ofertant SRL a bifat „nu” în DUAE, la Partea a III-a a lit. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interes sau abateri profesionale, paragraful "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave".

Ofertantul s-a limitat să depună o anexă la DUAЕ înregistrată sub nr 506/28.08.2023 (Anexa nr. 1) prin care a precizat: „Consiliul Concurenței din România a sancționat, prin Decizia nr. .../06.06.2023 S.R.L.", fără să anexeze Decizia Consiliului Concurenței.

Comisia de evaluare a solicitat clarificări prin adresa nr. 9946/30.08.2023 (Anexa nr. 2). Ca urmare, în data de 30.08.2023 (Anexa nr. 3), ... SRL a depus: Decizia Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023 (Anexa nr. 4), cererea de anulare a Deciziei Consiliului Concurenței depusă la Curtea de Apel (Anexa nr. 5), dovada suspendării plății amenzii dispusă de Agenția de Administrare Fiscală (Anexa nr. 6) și o serie de documente cu scopul prezumat de a-și dovedi credibilitatea în sensul art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Auutoritatea contractantă arată că, prin Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 (Anexa nr. 4) privind constatarea încălcării dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1006, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și sancționarea întreprinderilor .. SA, societatea S.R.L a fost sancționată, "... cu amendă în cuantum de 16.023.559,65 lei, reprezentând 4,25% din cifra de afaceri realizată în anul 2022" pentru "participarea la o înțelegere și/sau practică concertată unică, continuă și complexă având ca obiect restrângerea concurenței, constând în coordonarea politicilor și strategiilor comerciale ale întreprinderilor concurente, cu scopul manipulării procedurii de achiziție publică ... pentru creșterea bugetului alocat de autoritatea contractantă și, implicit a produselor/serviciilor/lucrărilor oferate pe piața serviciilor de instalații, piața serviciilor de comunicații și alte activități conexe ale acestora (inclusiv în urma reducerii necesarului achiziționat cu menținerea bugetului inițial), prin limitarea sau controlul comercializării, inclusiv printr-un schimb de informații sensibile din punct de vedere concurențial, de natură a facilita coordonarea comportamentului pe piață, cu scopul final al creșterii prețurilor".

Totodată, prin adresa nr. 10164/02.08.2023 emisă de Consiliul Concurenței (Anexa nr. 7) se confirmă că: "Încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor reprezintă o abatere profesională gravă ce pune în discuție integritatea întreprinderilor cu privire la care s-a constatat săvârșirea faptei. În același timp, conform prevederilor art. 171 alin. (1) din Legea achizițiilor publice, întreprinderile aflate în această situație de excludere pot fi acceptate în procedurile de achiziție publică în condițiile în care acestea pot furniza autorității contractante dovezi prin care să demonstreze luarea de măsuri suficiente pentru demonstrarea concretă a credibilității" (pag. 2 par. 4 din adresa emisă de Consiliul Concurenței nr. 10164/02.08.2023).

Comisia de evaluare a analizat înscrisurile depuse de operatorul economic și a constatat că acesta nu și-a dovedit credibilitatea în sensul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În urma analizei înscrisurilor depuse de operatorul economic au fost emise următoarele documente: Decizia înregistrată sub nr. 10957/18.09.2023 (Anexa nr. 8); Procesul-verbal nr. 10958/18.09.2023 (Anexa nr. 9); Raportul procedurii înregistrat sub nr. 11041/18.09.2023 (Anexa nr. 10); Comunicarea către operatorul economic (a expunerii de motive care a dus la luare deciziei) prin adresa înregistrată sub nr. 11047/18.09.2023 (Anexa nr. 11).

Așa cum a arătat anterior, autoritatea precizează că, în cazul în speță, ... SRL a fost sancționat pentru încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor, prin Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 (Anexa nr. 4), cu amendă în cuantum de 16.023.559,65 lei, reprezentând 4,25% din cifra de afaceri realizată în anul 2022. În continuare, achiziția invocă prevederile art. 171 alin. (3), alin. (31) și (32) din Legea nr. 98/2016.

Cu respectarea art. 171 alin. (3²) din Legea nr. 98/2016, autoritatea menționează că, prin adresa nr. 11047/18.09.2023, a transmis către operatorul economic expunerea motivelor care a condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire. (Anexa nr. 11).

II. Referitor la legalitatea raportului procedurii nr. 11041/18.09.2023 (Anexa nr. 10); comunicării către operatorul economic (a expunerii de motive care a dus la luare deciziei) prin adresa înregistrată sub nr. 11047/18.09.2023 (Anexa nr. 11), organizatoarea procedurii solicită Consiliului să observe că toate actele criticate contestatoarea întrunesc toate condițiile legale de formă și de fond.

1.A. În ceea ce privește legalitatea raportului procedurii înregistrat sub nr. 11041/18.09.2023 (Anexa nr. 10) și a comunicării privind rezultatul procedurii, se poate observa că au fost aplicate prevederile Legii nr. 98/2016, a fost respectat principiul proporționalității, dar, totodată, comisia de evaluare a ținut cont și de practica constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Astfel, autoritatea contractantă subliniază faptul că excluderea ofertantului nu a operat automat, ci după analiza riguroasă a răspunsului la solicitarea de clarificare transmisă, în SEAP, prin adresa nr. 9946/30.08.2023 (Anexa nr. 2), răspuns în urma căruia au fost evaluate, raportat la conceptul de abatere profesională gravă, următoarele: gravitatea încălcării, consemnarea într-un act administrativ, forma de vinovăție a ofertantului, dar și măsurile luate/prezentate de acesta pentru demonstrarea credibilității. Decizia comisiei de evaluare de excludere a ofertantului a fost întemeiată pe art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea menționează că este de notorietate că noțiunea de abatere profesională gravă, în înțelesul art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, include și încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor. De asemenea, CJUE a definit

abaterea profesională în cauza C-465/11, Forposta SA și alții, împotriva Poczta Polska SA, la paragraful (27) ca acoperind „orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului în cauză, iar nu numai încălcările normelor de deontologie în sensul strict al profesiei căreia îi aparține acest operator, care ar fi constatate de organul disciplinar prevăzut în cadrul acestei profesii sau printr-o decizie o jurisdicțională cu autoritate de lucru judecat”.

Achizitoarea învederează faptul că, în urma evaluării documentelor depuse ca urmare a solicitării de clarificare anterior menționată, a reieșit că majoritatea documentelor încărcate sunt date și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023.

Referitor la documentele date și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023, comisia de evaluare a apreciat că acestea nu reprezintă măsuri suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, având în vedere, pe de o parte, că sunt anterioare emiterii deciziei precizate, prin care a fost sancționat operatorul economic (ceea ce demonstrează că, inclusiv, Consiliul Concurenței nu le-a considerat eficiente și, astfel, a dispus acordarea unei sancțiuni atât de ridicate) și, pe de altă parte, comisia de evaluare a considerat nu sunt măsurile concrete prevăzute de legiuitor, cum ar fi fost: eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, plata sau asumarea plății amenzii, colaborarea cu autoritățile inclusiv după emiterea Consiliului Concurenței a deciziei de sancționare.

Achizitoarea mai arată că au fost încărcate și documente date și înregistrate ulterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023, respectiv:

- Decizia Consiliului de Administrație al SRL;
- Regulament de Ordine Interioară;
- Print Screen - dovadă email (din data de 21.07.2023) transmis angajaților cu scopul luării la cunoștință a Ghidului General de conformare cu legislația anticoncurențială, a Regulamentului de Ordine Interioară, a Deciziei Consiliului de Administrație anterior menționată, a Formulelor de luare la cunoștință a reglementărilor Regulamentului intern al SRL, a Procesului verbal de instruire Ghid;
- Formulare de luare la cunoștință a reglementărilor Regulamentului intern al SRL semnate.

Referitor la aceste documente, date și înregistrate ulterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, comisia de evaluare a constatat următoarele:

a. Adresa emisă de ANAF înregistrată cu nr. 13229/28.08.2023 prin care se prevede: „ Cererea de suspendare a plății amenzii, în conformitate cu prevederile art. 235 din Legea 207/2015 privind Codul de procedură fiscal, vă comunicăm faptul că s-a procedat la suspendarea obligațiilor fiscale stabilite prin Decizia nr. ... din 06.06.2023, în cuantum de 16.023.559 lei, emisă de Consiliul Concurenței” nu echivalează cu o dovadă a efectuării plății sau a asumării de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește

eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023, așa cum prevede art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Plata amenzii a fost suspendată de către ANAF exclusiv ca urmare a depunerii de către operatorul economic a cererii de chemare în judecată în contradictoriu cu Consiliul Concurenței, nefiind de natură să înlăture sau să pună sub semnul întrebării Decizia de sancționare emisă de Consiliul Concurenței;

b. Cererea de chemare în judecată în dosarul nr. .../2/2023 și certificatul de grefă eliberat la data de 21.07.2023 nu reprezintă dovezi care să vizeze efectuarea plății sau asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului concurenței nr. ... din 06.06.2023, așa cum prevede art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Decizia Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023 poate fi anulată printr-o hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, dar până la o eventuală astfel de hotărâre, decizia anterior menționată este un act juridic de natură să își producă efectele fără să aibă relevanță (în ceea ce privește credibilitatea ofertantului), suspendarea de către ANAF a plății amenzii. Constatările Consiliului Concurenței sunt grave și autoritatea contractantă nu se poate substitui unei instanțe judecătorești.

De asemenea, aceasta nu reprezintă o dovadă a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal în conformitate cu art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În opinia autorității contractante, simplul fapt că ofertantul SRL a contestat valabilitatea Deciziei Consiliului Concurenței nu echivalează, în acest moment, cu un act doveditor în ceea ce privește nevinovăția sa, întrucât, așa cum a precizat mai sus, legalitatea Deciziei Consiliului Concurenței poate fi constatată numai de către o instanță judecătorească.

Analizând documentele depuse, comisia de evaluare a apreciat că operatorul economic nu a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 (nu a dovedit asumarea obligației de plată și nici eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, nu a implementat sisteme de control și raportare, nu a înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme).

c. Comisia a constatat că operatorul economic, prin toate celelalte acte depuse, nu a dovedit nici asumarea obligației de plată, nici clarificarea în mod concret a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă fapta pentru care a fost sancționat; nu a dovedit eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în

comportamentul necorespunzător; nu a implementat sisteme de control și raportare; nu a înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme.

În materie de personal, achizițoarea arată că ofertantul a depus:

- Decizia Consiliului de Administrație al SRL din data de 20.07.2023, prin care se instituie norme cu caracter general, care nu sunt de natură să-i demonstreze credibilitatea, precum: „...obligația salariaților de a respecta legislația în vigoare în materia concurenței...”; „....să respecte prevederile din Prima hotărâre și să participe la sesiuni de instruire/training de fiecare dată când aceste sesiuni de instruire/training sunt realizate de către Societate”, „Nerespectarea de către angajați a prevederilor din Prima și respectiv din cea de-a doua Hotărâre constituie abatere disciplinară și se sancționează conform prevederilor din Codul muncii”,

- Versiunea 17.0 din 20.07.2023 a Regulamentului de Ordine Interioară SRL, care cuprinde o serie de “formulare de luare la cunoștință a reglementărilor Regulamentului Intern al SRL” din 21.07.2023 și un print screen - email (din data de 21.07.2023) în cuprinsul căruia se precizează că: „Vă transmit atașat Ghidul detaliat de conformare cu legislația concurențială, ca parte a procesului nostru intern/continuu de instruire și respectare a regulilor de concurență... Vă solicităm ca în activitatea voastră curentă să respectați aceste reguli și principii din Ghid... vă rog să găsiți atașat versiunea actualizată a Regulamentului de Ordine Interioară al Fiecare angajat are obligația să cunoască și să respecte Regulamentul Intern. ROI-ul este accesibil angajaților pe email sau accesând link-ul....Am rugămintea de a semna cele 2 formulare/PV de comunicare și instruire, pe care le regăsiți în atașament și să le trimiteți scanate” dar ofertantul nu a făcut dovada că ar fi inițiat minime demersuri pentru a identifica eventuali salariați a căror conduită nu este corespunzătoare raportat la legislația care guvernează achizițiile publice.

Prin urmare, în mod corect comisia de evaluare a apreciat că operatorul economic nu a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele expuse anterior, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) și art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a decis excluderea operatorului economic SRL din procedură.

Aceste constatări au fost transmise către operatorul economic prin comunicarea expunerii de motive care au condus la luarea deciziei prin adresa înregistrată sub nr. 11047/18.09.2023, (Anexa nr. 11), în conformitate cu art. 171 alin. (3²) din Legea nr. 98/2016.

B . În ceea ce privește critica potrivit căreia raportul procedurii nu a fost aprobat de conducătorul autorității contractante, aceasta din urmă solicită Consiliului să observe că în conformitate cu art. 213 alin. (6) teza

a doua din Legea nr. 1/2011 (în vigoare până în septembrie 2023) „... Rectorul este ordonatorul de credite al universității...” și potrivit art. 138 alin. (1) teza a doua din Legea nr. 199/2023 (în vigoare din septembrie 2023) „...Rectorul este ordonatorul de credite al instituției de învățământ superior.”.

Prin Decizia nr. .../05.07.2023 (Anexa nr. 12) Rectorul Universității din, în calitate de ordonator de credite, a decis constituirea „...comisiei de evaluare privind atribuirea contractului de furnizare - Soluție extindere ...- prin Licitatie deschisă”, cu respectarea art. 126 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

După cum se prevede în mod expres în decizia de constituire a comisiei (Anexa nr. 12), Președintele Comisiei de evaluare este numit cu drept de vot, nelimitându-se numai la aspectele de organizare și reprezentare.

Astfel, se poate observa că, în prezenta cauză, nu sunt opozabile dispozițiile art. 126 alin. (7) din HG nr. 395/2016 care vizează exclusiv situația numirii Președintelui fără drept de vot. De altfel, textul legal anterior indicat instituie posibilitatea numirii unui președinte care, nu în mod obligatoriu, poate însă să fie limitat numai la aspectele de organizare și reprezentare, fără drept de vot.

În cazul în speță, așa cum se atestă și prin decizia de constituire/numire a comisiei de evaluare (Anexa nr. 12), președintele a fost numit cu drept de vot, prerogativele sale nefiind limitate la aspectele organizatorice și de reprezentare.

În continuare, a fost emis raportul procedurii înregistrat sub nr. 11041/18.09.2023 (Anexa nr. 10) prin care se prevede că: „...Analizând documentele depuse, comisia de evaluare apreciază că operatorul economic nu a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Astfel, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) și art. 171 alin. (32) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, comisia de evaluare a decis excluderea operatorului economic S.R.L. din procedura „...” și anularea procedurii de atribuire în conformitate cu art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă... ”.

C. În ceea ce privește susținerea contestatoarei potrivit căreia în comunicarea ce i-a fost transmisă nu sunt cuprinse motivele excluderii, autoritatea susține că, în realitate, comunicarea transmisă prin adresa nr. 11047/18.09.2023 (Anexa nr. 11) cuprinde o amplă expunere de motive, motive ce au fost preluate și evidențiate anterior.

2. Referitor la critica privind justificarea și prezentarea motivelor concrete care au condus la decizia de excludere din procedură, autoritatea contractantă precizează că, în mod corect, comisia de evaluare a constatat că prin documentele depuse, ofertantul SRL

nu și-a dovedit credibilitatea în sensul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum a arătat anterior, expunerea de motive este amplă și amănunțită, fiind cuprinsă în comunicarea nr. 11047/18.09.2023 (Anexa nr. 11).

În data de 18.09.2023, a fost publicat în SEAP raportul final al procedurii, raport întocmit în conformitate cu Anexa 5 la Ordinul Președintelui ANAP nr. 1581/2018 și cu respectarea prevederilor art. 66 alin. (3) din HG nr. 395/2016, acesta fiind aprobat de Rectorul Universității din, în calitate de ordonator de credite (conducătorul autorității contractante).

Afirmația conform căreia rezultatul procedurii nu este asumat de conducătorul autorității contractante este neîntemeiată, având în vedere că decizia de excludere în baza art. 137 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 (deoarece măsurile luate de ofertant pentru demonstrarea credibilității nu sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea), anularea procedurii de atribuire se regăsesc chiar în cuprinsul documentului care a fost aprobat de conducătorul Universității din

În ceea ce privește art. 66 alin. (5) din HG nr. 395/2016, autoritatea menționează că informarea ofertantului a respectat în totalitate Secțiunea a 13-a din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Mai mult de atât, la dosarul procedurii de atribuire, există Decizia nr. .../05.07.2023 (Anexa nr. 12), prin care Rectorul Universității din a decis constituirea comisiei de evaluare.

III. Referitor la celelalte critici ale contestatoarei

Cu privire la susținerea petentei „Măsurile prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea 98/2016 sunt exemplificative și au ca scop asigurarea autorității contractante că au fost luate măsuri apte să prevină săvârșirea unor noi infracțiuni/abateri disciplinare”, achizitoarea solicită Consiliului să observe că potrivit art. 171 alin. (3¹) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice „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”.

Astfel că a evaluat documentele justificative transmise de contestatoare, raportându-se la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice potrivit căruia se enumără următoarele:

- dovada efectuării de către operatorul economic a plății sau a asumării de către acesta a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită;

- dovada clarificării 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 investigații;

- 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).

Organizatoarea procedurii susține că toate documentele transmise de contestatoare au fost analizate, iar constatările au fost cuprinse atât în Decizia nr. 10957/18.09.2023 (Anexa nr. 8), cât și în comunicarea expunerii de motive care au condus la luarea deciziei prin adresa înregistrată sub nr. 11047/18.09.2023 (Anexa nr. 11).

De altfel, așa cum a arătat anterior, art. 167 alin. (1) lit c) din Legea nr. 98/2016 instituie obligația autorității contractante de a-l exclude din procedura de atribuire pe ofertantul care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

Prin art. 171 alin. (3) se instituie, cu titlu de excepție, posibilitatea neexcluderii din procedura de atribuire a acelui ofertant care, prin documente și acțiuni justificative și dovedite, și-a demonstrat credibilitatea.

Așa cum a arătat anterior, în cazul în speță, operatorul economic nu a reușit să prezinte dovezi concrete de natură să îi demonstreze credibilitatea.

De asemenea, autoritatea arată că în opinia comună a ANAP și Consiliul Concurenței se precizează că: "Prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea achizițiilor publice...reglementează obligația autorității/entității contractante de a exclude din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică...operatorul economic care a comis o abatere profesională gravă ce îi pune în discuție integritatea, noțiunea "abatere profesională gravă" incluzând și încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor...cu toate acestea, legiuitorul a instituit și posibilitatea reabilitării, în sensul în care operatorul economic, care se află în una din situațiile de excludere de la procedura de atribuire, poate furniza autorității contractante dovezi prin 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 ceea ce privește susținerea contestatoarei că „...potrivit comunicării CE, posibilitatea de a exclude un operator economic "ca urmare a unei suspiciuni de coluziune nu este interpretată în directive drept sancțiune pentru comportamentul său înaintea sau în timpul procedurii de atribuire...", achizitoarea menționează că autoarea contestației omite să precizeze că, tot în Comunicarea CE (Comunicare privind instrumentele de combatere a coluziunii în domeniul achizițiilor publice și privind orientările referitoare la modul de aplicare a motivului de excludere ca urmare a coluziunii (2021/C 91/01), la pct.

5.3, se arată „...în temeiul articolului 57 alineatul (7) din directivă, statele membre au dreptul de a preciza condițiile de aplicare a acestui articol, cu respectarea dreptului Uniunii, în special pentru a se asigura că autoritățile contractante adoptă o abordare coerentă a acestei chestiuni la nivel național.”.

Mai mult, așa cum a arătat anterior, autoritatea contractantă subliniază faptul că potrivit Deciziei Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023 (Anexa nr. 4) privind constatarea încălcării dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1006, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și sancționarea întreprinderilor .. SA, societatea S.R.L a fost sancționată „....cu amendă în cuantum de 16.023.559,65 lei, reprezentând 4,25% din cifra de afaceri realizată în anul 2022...” pentru „participarea la o înțelegere și/sau practică concertată unică, continuă și complexă având ca obiect restrângerea concurenței, constând în coordonarea politicilor și strategiilor comerciale ale întreprinderilor concurente, cu scopul manipulării procedurii de achiziție publică pentru creșterea bugetului alocat de autoritatea contractantă și, implicit a produselor/serviciilor/lucrărilor oferite pe piața serviciilor de instalații, piața serviciilor de comunicații și alte activități conexe ale acestora (inclusiv în urma reducerii necesarului achiziționat cu menținerea bugetului inițial), prin limitarea sau controlul comercializării, inclusiv printr-un schimb de informații sensibile din punct de vedere concurențial, de natură a facilita coordonarea comportamentului pe piață, cu scopul final al creșterii prețurilor”.

Totodată, prin adresa nr. 10164/02.08.2023 emisă de Consiliul Concurenței (Anexa nr. 7) se confirmă că: “Încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor reprezintă o abatere profesională gravă ce pune în discuție integritatea întreprinderilor cu privire la care s-a constatat săvârșirea faptei, în același timp, conform prevederilor art. 171 alin. (1) din Legea achizițiilor publice, întreprinderile aflate în această situație de excludere pot fi acceptate în procedurile de achiziție publică în condițiile în care acestea pot furniza autorității contractante dovezi prin care să demonstreze luarea de măsuri suficiente pentru demonstrarea concretă a credibilității” (pag. 2 par. 4 din adresa emisă de Consiliul Concurenței nr. 10164/02.08.2023).

3. Referitor la susținerea petentei potrivit căreia “Autoritățile contractante sunt ținute să justifice decizia de excludere unui operator economic furnizând acestuia o prezentare a motivelor concrete care au condus la această decizie”, așa cum a arătat anterior, achizitoarea precizează că expunerea de motive care au condus la luarea deciziei au fost comunicate către contestatoare prin adresa înregistrată sub nr. 11047/18.09.2023 (Anexa nr. 11), expunere care conține, în detaliu, toate motivele care au dus la excluderea operatorului economic cuprinzând atât normele legale incidente, cât și constatările pe larg formulate de comisia de evaluare.

4. Cu privire la susținerea că „decizia de excludere a ofertei subscrisei din procedură nu este bine documentată și motivată corespunzător, aceasta întemeindu-se pe motive externe cauzei și oricum nejustificate”, autoritatea menționează că decizia de excludere înregistrată sub nr. 10957/18.09.2023 (Anexa nr. 8) este

legală și temeinică, în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, art. 171 alin. (3) și alin (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, fiind motivată în fapt și în drept, așa cum a arătat mai sus.

5. În ceea ce privește susținerea contestației potrivit căreia "...autoritatea contractantă a ignorat — în mod nejustificat — anumite măsuri dispuse de subscrisa pentru simplul motiv că acestea erau consemnate în documente cu o data anterioară emiterii deciziei de sancționare. Refuzul autorității contractante de a analiza toate măsurile de demonstrarea credibilității luate de subscrisa echivalează cu o limitare nepermisă de lege a dreptului subscrisei de a lua și prezenta aceste măsuri", achizitoarea precizează că autoarea contestației se limitează exclusiv la a face susțineri nefondate, invocând refuzul autorității contractante de a analiza toate măsurile de demonstrare a credibilității luate de contestatoare.

Cu toate că, în etapa DUAЕ, unicul ofertant SRL nu a încărcat niciun document justificativ, ci s-a limitat să bifeze „nu, în DUAЕ, la Partea a III-a a lit. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interes sau abateri profesionale, paragraful "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave", depunând o anexă la DUAЕ înregistrată sub nr 506/28.08.2023 (Anexa nr. 1) prin care a precizat „Consiliul Concurenței din România a sancționat, prin Decizia nr. .../06.06.2023 S.R.L.", ... a solicitat clarificări.

Așa cum s-a arătat anterior și cum se atestă prin înscrisurile depuse la dosarul cauzei, comisia de evaluare a analizat toate înscrisurile depuse de operatorul economic în urma solicitării de clarificări.

6. Referitor la susținerea petentei că "...decizia Autorității contractante de a exclude oferta noastră din procedură se întemeiază într-o propoziție, dacă nu majoritară, cel puțin semnificativă, pe înlăturarea de către aceasta a măsurilor luate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței", autoritatea precizează că în motivele de excludere comunicate contestației prin adresa nr. 11047/18.09.2023 (Anexa nr. 11), Comisia de evaluare a argumentat pe larg motivele pe care și-a întemeiat hotărârea.

În mod corect, Comisia de evaluare a constatat că niciuna dintre măsurile luate de operatorul economic (anterior sau ulterior deciziei de sancționare emisă de Consiliul Concurenței) nu sunt de natură să-i ateste credibilitatea în sensul dispozițiilor prevăzute la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

7. În ceea ce privește critica contestației potrivit căreia "Măsurile pe care un operator economic le poate lua pentru a-și demonstra în concret credibilitatea se raportează la motivele de excludere, respectiv, în cazul concret al abaterii reglementate de art. 164 alin.(1) lit. c și alin. (3) din Legea nr. 98/2016, la fapta care ar putea fi considerate ca fiind ilicită, adoptarea acestora nefiind condiționată de legiuitor de existența unei decizii a unei autorități contractante", autoritatea contractantă menționează că această critică reiese o eroare în care se află contestația, întrucât, în mod corect, comisia de evaluare nu s-a raportat la art. 164 alin.(1) lit. c și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și nici nu s-a raportat la o eventuală decizie a unei autorități contractante.

Așa cum se prevede în decizia și motivele de excludere, comisia s-a raportat, în mod corect, la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în cazul în speță, fiind aplicabilă Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023.

8. Cu privire la susținerile petentei că "Din cuprinsul art. 171 alin. (3) din Legea 98/2016 care reglementează tipul de măsuri ce pot fi luate de operatorii economici, rezultă în mod clar expres și neechivoc că unele dintre măsuri nu ar putea fi luate decât anterior emiterii deciziei autorității contractante", achizitoarea precizează că acestea sunt contradictorii, întrucât, pe de o parte, se susține că "...rezultă în mod clar expres și neechivoc că unele dintre măsuri nu ar putea fi luate decât anterior emiterii deciziei autorității contractante" și, pe de altă parte, se susține că "...legea nu face distincție între tipul de măsuri de remediere ce pot fi dispuse de către operatorii economici din perspectiva unei potențiale date de referință de la care asemenea măsuri ar putea fi dispuse...nici autoritatea contractantă nu are dreptul de a face această distincție".

Așa cum a precizat anterior art. 167 alin. (1) lit c) din Legea nr. 98/2016 instituie obligația autorității contractante de a-l exclude din procedura de atribuire pe ofertantul care 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 autorități administrative, iar prin art. 171 alin. (3) și (3) se instituie, cu titlu de excepție, posibilitatea neexcluderii din procedura de atribuire a aceluși ofertant care, prin documente și acțiuni justificative și dovedite, și-a demonstrat credibilitatea.

Așa cum se atestă prin înscrisurile depuse la dosarul cauzei, în cazul în speță, operatorul economic nu a reușit să prezinte dovezi concrete de natură să îi demonstreze credibilitatea.

9. În ceea ce privește susținerile contestatoarei potrivit cărora: "efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventuale prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau altă faptă ilicită în acest sens, în Comunicarea CE, Comisia Europeană instrucează autoritățile contractante....notează că "de exemplu, operatorul trebuie să demonstreze că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație pentru comportamentul său ilegal numai în cazul în care există o plângere împotriva sa"; "...subscrisa am solicitat suspendarea plății amenzii ... cererea noastră fiind aprobată de către organul de executare.."; "...în măsura în care plata amenzii stabilite prin Decizia Consiliului Concurenței ar fi calificată drept măsură de restabilire a credibilității echivalentă celei privind acoperirea potențialelor prejudicii, solicităm Consiliului să rețină că subscrisa am întreprins toate demersurile legale pentru a asuma obligația de plată a amenzii. Mai mult pentru eliminarea oricărui dubiu, toate condițiile legale pentru asumarea obligației de plată a amenzii au fost verificate de către organul de executare silită competent și aprobate ca atare de acesta prin intermediul adresei ANAF.", autoritatea contractantă precizează că, așa cum se prevede și în decizia de excludere nr. 10957/18.09.2023 (Anexa nr. 8), adresa emisă de ANAF înregistrată cu nr. 13229/28.08.2023 prin care se prevede: "..... Cererea de suspendare a plății amenzii, în conformitate cu prevederile art. 235 din Legea 207/2015 privind Codul de procedură fiscal, vă comunicăm faptul că s-a procedat la suspendarea obligațiilor fiscale stabilite prin Decizia nr. ... din 06.06.2023, în cuantum de 16.023.559 lei, emisă de Consiliul Concurenței" nu echivalează cu o dovadă a efectuării plății sau a asumării de către acesta a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului concurenței nr. ...

din 06.06.2023, așa cum prevede art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Suspendarea plății de către ANAF s-a făcut numai ca urmare a cererii de chemare în judecată formulată de operatorul economic în contradictoriu cu Consiliul Concurenței.

În același timp, cererea de chemare în judecată în dosarul nr. .../2/2023 și certificatul de grefă eliberat la data de 21.07.2023 nu reprezintă dovezi care să vizeze efectuarea plății sau asumarea de către operatorul economic a obligației de plată prevăzută în sarcina sa prin Decizia Consiliului concurenței nr. ... din 06.06.2023, așa cum prevede art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 poate fi anulată printr-o hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, dar până la o eventuală astfel de hotărâre, decizia anterior menționată este un act juridic de natură să își producă efectele fără să aibă relevanță (în ceea ce privește credibilitatea ofertantului), suspendarea de către ANAF a plății amenzii. Constatările Consiliului Concurenței sunt grave și autoritatea contractantă nu se poate substitui unei instanțe judecătorești.

De asemenea, aceasta nu reprezintă o dovadă a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal în conformitate cu art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Simplul fapt că operatorul SRL contestă valabilitatea Deciziei Consiliului Concurenței nu echivalează cu un act doveditor în ceea ce privește nevinovăția acestui operator economic. Așa cum a precizat mai sus, legalitatea Deciziei Consiliului Concurenței poate fi constatată numai de către o instanță judecătorească.

10. Cu privire la susținerea petentei că "...potrivit Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență "Consiliul Concurenței nu va evalua programele individuale de conformare ale întreprinderilor în afara unei investigații", achizitoarea solicită Consiliului să observe că se fac precizări de către contestatoare care exced obiectului prezentei cauze, având în vedere că se detaliază ce ar trebui să facă Consiliul Concurenței.

În analiza documentelor depuse de contestatoare, comisia de evaluare s-a raportat la temeiul legal, respectiv la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

11. Cu privire la susținerile contestatoarei potrivit cărora: „Autoritatea contractantă nu motivează în concret de ce toate măsurile luate de subscrisa în materie de personal nu ar fi suficiente, ci doar se limitează la reține că "că nu au fost inițiate minime demersuri pentru a identifica eventuali salariați a căror conduită nu este corespunzătoare raportat la legislația care guvernează achizițiile publice.."; "... chiar dacă am admite, în scop pur argumentativ... nu era necesară inițierea de către subscrisa a unor „minime” demersuri pentru a identifica eventuali salariați al căror comportament a condus la pretinsa abatere profesională"; "orice măsură cu privire la angajați se impune a fi amânată până la momentul soluționării definitive și irevocabile a Dosarului nr. .../2/2023...", autoritatea solicită Consiliului să observe că, în analiza documentelor depuse de contestatoare, s-a raportat la textele legale incidente.

Chiar dacă petenta susține că "nu era necesară inițierea de unor „minime” demersuri pentru a identifica eventuali salariați al căror comportament a condus la pretinsa batere profesională", art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice prevede că „(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... clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită...eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător".

De altfel, chiar contestatoarea recunoaște că nu au fost eliminate legăturile cu persoanele implicate în comportamentul necorespunzător justificând că „...orice măsură cu privire la angajați se impune a fi amânată până la momentul soluționării definitive și irevocabile a Diosarului nr. .../2/2023...".

12. Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căreia „...relevante pentru evaluarea măsurilor de restabilire a credibilității de personal, sunt următoarele aspecte de fapt și de drept....care se puteau desprinde din documentele justificative prezentate... ", achizitoarea solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că potrivit art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, operatorul economic 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".

În cazul în speță, pe lângă faptul că unicul ofertant SRL a bifat nu, în DUAE, la Partea a III-a a lit. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interes sau abateri profesionale, paragraful "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave" și a depus o anexă la DUAE înregistrată sub nr. 506/28.08.2023 (Anexa nr. 1) prin care a precizat "Consiliul Concurenței din România a sancționat, prin Decizia nr. .../06.06.2023 S.R.L.", la solicitarea de clarificări a Universității din, acesta a depus o serie de înscrisuri fără relevanță care, potrivit susținerii sale, prin acestea măsurile „...se puteau desprinde din documentele justificative prezentate... ".

13. Referitor la susținerea petentei că "Or, comunicarea privind rezultatul Procedurii este semnată exclusiv de membrii comisiei de evaluare, în condițiile în care nici din documentele depuse în procedură și nici din lege nu rezultă că aceștia au fost împuterniciți să reprezinte Autoritatea Contractantă în ceea ce privește comunicarea rezultatului procedurii", achizitoarea menționează că, așa cum a arătat anterior, comisia de evaluare a fost împuternicită prin decizia nr. .../05.07.2023 (Anexa nr. 12) de Rectorul Universității din care este ordonatorul de credite al instituției de învățământ superior.

În consecință, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SRL și constatarea faptului că a exclus operatorul economic din procedura de atribuire, în temeiul și cu respectarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care acesta nu a reușit să își dovedească credibilitatea.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 55886/12.10.2023, contestatoarea a formulat concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziției publice depus de autoritatea contractantă la Consiliu, solicitând respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă ca neîntemeiate și admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată, obligând autoritatea contractantă la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale din perspectiva cazurilor privind excluderea din procedura de atribuire, respectiv sub aspectul evaluării și reținerii măsurilor luate de societatea sa în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016, cu luarea în considerare a celor expuse în cuprinsul contestației, precum și a precizărilor aduse prin concluziile scrise.

Prin adresa nr. 12840/16.10.2023 înregistrată la Consiliu sub nr. 56676/17.10.2023, autoritatea contractantă a formulat note scrise ca răspuns la concluziile scrise transmise de contestatoare, solicitând respingerea contestației.

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

În vederea atribuirii contractului având ca obiect Soluție extindere .., cod CPV - 48820000-2 Servere (Rev.2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, cu fază finală de licitație electronică, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...

Din informațiile anunțului de participare amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de furnizare este de 900.000,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate preț*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 28.08.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin Adresa nr. 11047/18.09.2023 și Raportului procedurii nr. 11041/18.09.2023, prin care oferta sa a fost exclusă din procedură, ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei. Autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire, în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, nefiind depusă nicio ofertă admisibilă, ... SRL fiind singurul ofertant la procedura în cauză.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 18.000,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. .., eliberată de CEC – Sucursala Victoria, la data de 20.09.2023.

Trecând la soluționarea cauzei, Consiliul constată că aceasta este îndreptată împotriva deciziei de respingere a ofertei contestatoarei comunicată cu adresa nr. 11047/18.09.2023.

Motivele respingerii au fost următoarele:

Având în vedere:

- anexa la DUAЕ din cadrul ofertei încărcate în SEAP până la data-limită de depunere a ofertelor (28.08.2023) și răspunsul transmis de dumneavoastră în SEAP, în data de 30.08.2023, la solicitarea de clarificări adresată în etapa evaluării DUAЕ;
- Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 privind constatarea încălcării dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1006, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și sancționarea întreprinderilor .. S.R.L., ... S.R.L ȘI .. S.A pentru „participarea la o înțelegere și/sau practică concertată unică, continuă și complexă având ca obiect restrângerea concurenței, constând în coordonarea politicilor și strategiilor comerciale ale întreprinderilor concurente, cu scopul manipulării procedurii de achiziție publică pentru creșterea bugetului alocat de autoritatea contractantă și, implicit a produselor/serviciilor/lucrărilor oferate pe piața serviciilor de instalații, piața serviciilor de comunicații și alte activități conexe ale acestora (inclusiv în urma reducerii necesarului achiziționat cu menținerea bugetului inițial), prin limitarea sau controlul comercializării, inclusiv printr-un schimb de informații sensibile din punct de vedere concurențial, de natură a facilita coordonarea comportamentului pe piață, cu scopul final al creșterii prețurilor”;
- art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: „(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) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: „(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) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: „(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) și (32) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice „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.”
- art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: „(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. 57 par. (6) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice: „operatorul economic dovedește că a plătit sau s-a angajat să plătească ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile

însărcinate cu investigația și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri";

Prin prezenta vă facem cunoscut că în urma evaluării ofertei depuse în cadrul procedurii de licitație deschisă „Soluție extindere Data Center – UB” nr. anunț de participare SEAP: CN1057674 23.07.2023, nr. de referință: PAAPD1428701, comisia de evaluare a decis excluderea dumneavoastră din procedura de atribuire, în etapa evaluării DUAE, în conformitate cu art. 167 alin. (1) iit. c) și art. 171 alin. (3:) din Legea nr. 98.2016.

În temeiul art. 171 alin. (3:) din Legea nr. 98 2016 privind achizițiile publice, comisia de evaluare a apreciat că nu ați furnizat dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a vă demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98 2016 privind achizițiile publice.

În urma verificării documentelor depuse cu scopul prezumat de a vă dovedi credibilitatea în sensul art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, comisia de evaluare a constatat că majoritatea documentelor încărcate sunt date și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 privind constatarea încălcării dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1006, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și sancționarea întreprinderilor .. S.A., în condițiile în care eventualele documente de natură să dovedească credibilitatea dumneavoastră ar fi trebuit să fie ulterioare deciziei de sancționare.

Documentele depuse datate și înregistrate ulterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 au fost:

- Decizia Consiliului de Administrație al S.R.L. din data de 20.07.2023;
- Regulament de Ordine Interioară din data de 20.07.2023;
- Print Screen - email (din data de 21.07.2023) în cuprinsul căruia se precizează că: „Vă transmit atașat Ghidul detaliat de conformare cu legislația concurențială, ca parte a procesului nostru intern/continuu de instruire și respectare a regidilor de concurență.....Vă solicităm ca în activitatea voastră curentă să respectați aceste reguli și principii din Ghid.....; vă rog să găsiți atașat versiunea actualizată a Regulamentului de Ordine Interioară al Fiecare angajat are obligația să cunoască și să respecte Regulamentul intern. ROI-ul este accesibil angajaților pe email sau accesând linkul..... Am rugămintea de a semna cele 2 formulare PV de comunicare și instruire, pe care le regăsiți în atașament și să le transmiteți semnate ..."
- Formulare de luare la cunoștință a reglementărilor Regulamentului intern al S.R.L. semnate, din perioada 20.07.2023-09.08.2023.

CONSTATĂRI

Comisia de evaluare a constatat următoarele:

1. În conformitate cu prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98 2016 privind achizițiile publice, dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante sunt următoarele:

- dovada efectuării de către operatorul economic a plății sau a asumării de către acesta a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită;
- dovada clarificării 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 investigații;
- 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).

2. Referitor la documentele date și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023, Comisia de evaluare a constatat că nu reprezintă măsuri suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității având în vedere că sunt anterioare emiterii deciziei precizate prin care ați fost sancționat.

3. Referitor la documentele date și înregistrate ulterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023, comisia de evaluare a constatat că:

a) Adresa emisă de ANAF înregistrată cu nr. 13229/28.08.2023 prin care se prevede: „ Cererea de suspendare a plății amenzii, în conformitate cu prevederile art. 235 din Legea 207/2015 privind Codul de procedură fiscal, vă comunicăm faptul că s-a procedat la suspendarea obligațiilor fiscal stabilite prin Decizia nr. ... din 06.06.2023, în cuantum de 16.023.559 lei, emisă de Consiliul Concurenței" nu echivalează cu o dovadă a efectuării plății sau a asumării de către acesta a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului concurenței nr. ... din 06.06.2023, așa cum prevede art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98 2016 privind achizițiile publice,

b) Cererea de chemare în judecată în dosarul nr. .../ 2/ 2023 și certificatul de greșă eliberat la data de 21.07.2023 nu reprezintă dovezi care să vizeze efectuarea plății sau asumarea obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate pnn fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului concurenței nr. ... din 06.06.2023. așa cum prevede art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98 2016 privind achizițiile publice.

Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 poate fi anulată printr-o hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, dar până la o eventuală astfel de hotărâre, decizia anterior menționată este un act juridic de natură să își producă efectele fără să aibă relevanță (în ceea ce privește credibilitatea dumneavoastră), suspendarea de către ANAF a plății amenzii. Constatările Consiliului Concurenței sunt grave și autoritatea contractantă nu se poate substitui unei instanțe judecătorești.

De asemenea, aceasta nu reprezintă o dovadă a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal în conformitate cu art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În materie de personal au fost depuse: Decizia Consiliului de Administrație al S.R.L din data de 20.07.2023 prin care se precizează: „.... obligația salariaților de a respecta legislația în vigoare în materia concurenței....”; să respecte prevederile din Prima hotărâre și să participe la sesiuni de instruire/training de fiecare data când aceste sesiuni de instruire/training sunt realizate de către Societate; „Nerespectarea de către angajați a prevederilor din Prima și respectiv din cea de-a doua Hotărâre constituie abatere disciplinară și se sancționează conform prevederilor din Codul muncii”; Versiunea 17.0 din 20.07.2023 a Regulamentului de Ordine Interioară S.R.L., o serie de „formulare de luare la cunoștință a reglementărilor Regulamentului Intern al SRL" din 21.07.2023 și un print screen - email (din data de 21.07.2023) în cuprinsul căruia se precizează că: „Vă transmitem atașat Ghidul detaliat de conformare cu legislația concurențială. ca parte a procesului nostru intern/continuu de instruire și respectare a regulilor de concurență vă solicităm ca în activitatea voastră curentă să respectați aceste reguli

și principii din Ghid..... ; vă rog să găsiți atașat versiunea actualizată a Regulamentului de Ordine Interioară al Fiecare angajat are obligația să cunoască și să respecte Regulamentul intern. ROI-ul este accesibil angajaților pe emai sau

accesând linkul..... Am rugămintea de a semna cele 2 formulare PV de comunicare și instruire, pe care le regăsiți în atașament și să le transmiteți semnate.....” dar nu au fost inițiate minime demersuri pentru a identifica eventuali salariați a căror conduită nu este corespunzătoare raportat la legislația care guvernează achizițiile publice.

c) Comisia a constatat că prin toate documentele depuse nu ați dovedit asumarea obligației de plată, nu ați dovedit eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, nu ați implementat sisteme de control și raportare, nu ați înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme.

Prin urmare, comisia de evaluare a decis excluderea dumneavoastră din procedura de atribuire, în etapa evaluării DUAE, în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. c) și art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu ați furnizat dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a vă demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Împotriva măsurii de excludere și anulării procedurii de atribuire se poate depune contestație în conformitate cu art. 4 alin. (1) și art. 8 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.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de netemeinicia actului de comunicare a rezultatului procedurii, contestatoarea apreciind că respectivul act încalcă principiile proporționalității și al asumării răspunderii, precum și prevederile art. 171 alin. (32) din Legea nr. 98/2016 care impun autorității contractante să justifice în mod corespunzător decizia de excludere luată cu privire la un anumit operator economic.

Totodată, contestatoarea a adăugat că, în luarea de deciziei de excludere a acesteia, autoritatea contractantă a ignorat, dincolo de limitele legale ale dreptului său de apreciere, opiniile autorităților de reglementare și control în domeniul achizițiilor publice și al concurenței, respectiv ANAP și Consiliul Concurenței, precum și orientările emise de Comisia Europeană pentru autoritățile contractante cu privire la aplicarea acestui motiv de excludere și la modalitatea de evaluare a măsurilor de demonstrare în concret a credibilității prezentate de operatorii economici.

Argumentul decisiv adus de achizitoare în favoarea raționamentului care a stat la baza excluderii ofertantei SRL se bazează pe faptul că operatorul economic S.R.L a fost sancționat pentru încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor, prin Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023, cu amendă în cuantum de 16.023.559,65 lei, reprezentând 4,25% din cifra de afaceri realizată în anul 2022, iar comisia de evaluare a apreciat că operatorul economic nu a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Astfel, achizitoare a făcut aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră *autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei autorități administrative.*

Datele speței pe scurt sunt următoarele:

În cadrul procedurii de licitație deschisă „...”, anunț de participare SEAP - nr. .., în etapa DUAE, unicul ofertant SRL a bifat NU în DUAE, la Partea a III-a a lit. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interes sau abateri profesionale, paragraful "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave".

Ofertanta a depus o anexă la DUAЕ înregistrată sub nr 506/28.08.2023 prin care a precizat: „Consiliul Concurenței din România a sancționat, prin Decizia nr. .../06.06.2023 S.R.L. (...).”

Se cuvine a se reda în integralitate conținutul acestei anexe, mai exact:

ANEXA LA DUAЕ

Referitor la Partea a III a, lit. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, paragraful "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave" deși nu suntem în situația respectivă totuși, facem următoarea precizare:

"Consiliul Concurenței din România a sancționat, prin Decizia nr. ... 06.06.2023 („Decizia CC”) SRL pe motiv că ar fi încălcat dispozițiile art. 5 alin. (1) lit a) și b) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și art. 101 alin. 1 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Cu privire la Decizia CC, subscrisa arătăm că:

■ Decizia CC ne-a fost comunicată, prin email, în data de 30.06.2023 și prin intermediul serviciilor poștale, în data de 05.07.2023. Subscrisa am formulat și depus la Curtea de Apel Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, în interiorul termenului legal de contestare de 30 de zile de la comunicarea Deciziei CC, o cerere de anulare a acestei Decizii CC, cerere ce formează obiectul Dosarului nr. ...- detaliile privind înregistrarea dosarului regasindu-se mai jos:

..."

■ Subscrisa apreciem că argumentele reținute în Decizia CC și sancțiunea sunt neîntemeiate, nefiind săvârșită nicio faptă neconcurențială de către subscrisa.

Sintetic, arătăm că s-a decis sancționarea subscrisei pentru pretinsa participare la o înțelegere cu doi operatori economici de a nu participa la procedura de achiziție publică având ca obiect activități pentru proiectare și execuție pentru realizarea obiectivului de investiții „HUB SERVICII (CENTRU DE FURNIZARE SERVICII ELECTRONICE) LA NIVELUL ...” Or, la acea procedură de atribuire nu a mai participat niciun alt operator economic de pe piață-deși s-au înscris în SEAP și au pus întrebări de clarificare un număr de 26 de operatori economici, fiind evident că interesul pentru participarea la procedură a fost foarte extins, iar neparticiparea subscrisei și a celorlalți doi operatori economici sancționați nu putea avea conținutul unei practici concertate în sensul art. 5 alin 1 din Legea Concurenței nr. 21/1996. Mai mult, contractul ce urma a se atribui în cadrul respectivei proceduri de achiziției era un contract de lucrări, iar componenta de tehnologia informației, reținută în competența subscrisei, era una minoritară (38,82 0 o conform autorității contractante- ..) - cu atât mai puțin determinantă pentru influențarea participării la procedură.

De asemenea, autoritatea contractantă însăși, respectiv ..., a declarat, la solicitarea Consiliului, că motivele anulării procedurii sunt: (a) perimarea specificațiilor tehnice, care au fost redactate la nivelul anului 2018 2019, precum și (b) neactualizarea valorii estimate cu luarea în considerare a diferențelor de curs valutar de la data depunerii cererii de finanțare, precum și a evoluțiilor economice ulterioare, cum ar fi majorarea salariului minim garantat.

Nu în ultimul rând. arătăm că obiectul investigației inițiale a Consiliului Concurenței l-a constituit procedura reluată de ... după anularea procedurii mai sus referite, obiectul fiind ulterior extins și asupra procedurii anterioare. Cu toate acestea, în cazul procedurii reluate, cu obiect similar și în care a fost implementată o formulă similară de participare, Consiliul nu a reținut nicio încălcare a dreptului concurenței, motiv pentru care Decizia CC pare cu atât mai surprinzătoare. Aceasta cu atât mai mult cu cât (a) cu privire la prima procedură Consiliul Concurenței a reținut că suntem concurent cu unul din subcontractanții din asocieria avută în vedere de societate iar discuțiile au depășit ceea ce ar fi permis în cadrul unei asocieri între concurenți (b) în ceea ce privește a doua procedură, față de concluziile Deciziei privind inexistența unei fapte anticoncurențiale cu privire la aceasta, Consiliul Concurenței a reținut că nu există o relație de concurență cu acesta, implicit discuțiile avute cu subcontractantul neintrând în categoria informațiilor ce nu pot fi discutate din perspectiva concurențială.

Prin urmare, subscrisa am introdus la Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, cererea de anulare a acestei Deciziei Consiliului, cerere ce formează obiectul Dosarului ur. .../2/2023 unnând să informăm autoritatea contractantă cu priviie la stadiul actualizat al litigiului.

Totodată, precizăm că Deciziile Consiliului Concurenței sunt supuse dublului grad jurisdicțional, astfel încât doar după emiterea hotărârii Înaltei Curți de Casație și Justiție și doar dacă acțiunea noastră în anulare va fi respinsă de către Înalta Curte, Decizia Consiliului Concurenței va fi definitivă;

■ Indiferent de poziția noastră procesuală față de decizia emisă, arătăm că subscrisa am colaborat, pe parcursul investigației, cu inspectorii de concurență, am furnizat toate informațiile solicitate și am luat toate măsurile necesare pentru demonstrarea în concret a credibilității (chiar dacă apreciem ca nu ne încadram într-un caz de excludere);

■ În acest sens, subscrisa am elaborat și implementat măsuri de consolidare a credibilității noastre conform art. 171 alin. (1-3) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare inclusiv, dar fără a se limita la, un program de conformare cu legislația concurențială, atât la nivel intern cât și în relația cu partenerii noștri comerciali, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului. Aceste măsuri au fost analizate de Consiliul Concurenței și reținute ca și circumstanțe atenuante;

■ Totodată, subscrisa ne angajăm să plătim amenda, în situația menținerii de către instanța de judecată a Deciziei CC și cu respectarea dreptului nostru la apărare. La data curentă, ca urmare a demersurilor legale întreprinse de subscrisa la Agenția Națională de Administrare Fiscală în conformitate cu prevederile din Codul de Procedură Fiscală, Agenția Națională de Administrare Fiscală a dispus suspendarea plății amenzii de către subscrisa până la soluționarea de către instanța de judecată a cererii noastre de anulare formulată împotriva Deciziei CC, suspendarea acestei amenzi fiind garantată cu o scrisoare de garanție bancară de bună execuție depusă la Agenția Națională de Administrare Fiscală. Prin urmare, în Certificatul de atestare fiscală, la pct. A, rubrica „Obligații fiscale, bugetare principale” apare „0”.

■ Subliniem și că nu au fost invocate sau pretinse eventuale prejudicii care să fi fost cauzate de faptele reținute în Decizia CC drept pretins comportament neconcurențial. Aceasta cu atât mai mult raportat la concluziile ... comunicate Consiliului Concurenței cu privire la cauzele obiective ce au determinat anularea primei proceduri și reluarea acesteia cu modificarea documentației de atribuire, inclusiv a specificațiilor tehnice și de eliminare a unor cerințe impuse inițial.

■ Nu în ultimul rând arătăm că, subscrisa nu am mai fost sancționată pentru asemenea fapte și suntem un operator economic cu o experiență bogată și credibilitate necontestată în implementarea contractelor de achiziție publică].

Prin urmare, chiar și în măsura în care Decizia CC ar rămâne definitivă, sunt aplicabile prevederile art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016, subscrisa luând toate măsurile necesare pentru a ne demonstra în concret credibilitatea prin raportare la susținerile Consiliului Concurenței din decizia mai sus menționată. Precizăm că, la cererea autorității contractante, vom pune la dispoziție toate documentele justificative relevante pentru susținerea în concret a credibilității noastre.

Luând la cunoștință despre anexa mai sus amintită, prin adresa nr. 9946/30.08.2023 autoritatea contractantă a solicitat ofertantei contestatoare următoarele clarificări:

Având în vedere Anexa la DUAE din cadrul ofertei depuse în care ați precizat detalii referitoare la sancționarea pentru comiterea unei abateri profesionale grave de către Consiliul Concurenței prin Decizia nr. .../06.06.2023, vă rugăm să ne transmiteți următoarele documente:

- decizia Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023;
- cererea de anulare a Deciziei Consiliului Concurenței depusă la Curtea de Apel;
- dovada suspendării plății amenzii dispusă de Agenția de Administrare Fiscală;
- orice documente relevante pentru măsurile de remediere întreprinse.

Ofertanta SRL a răspuns solicitării adresate precizând următoarele:

Va aducem la cunoștință următorul răspuns și totodată anexăm prezentului răspuns documentele solicitate:

1. Aspecte preliminare

După cum v-am informat prin oferta noastră, Consiliul Concurenței din România a sancționat, prin Decizia nr. .../06.06.2023 („Decizia Consiliului Concurenței”), ... SRL pe motiv că ar fi încălcat dispozițiile art. 5 alin. (1) lit a) și b) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu

modificările și completările ulterioare, și art. 101 alin. 1 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Subscrisa am răspuns "NU" la întrebarea din "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave" din DUAE deoarece nu recunoaștem fapta reținută în Decizia Consiliului Concurenței și am formulat și depus, la Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, în interiorul termenului legal de contestare de 30 de zile de la comunicarea Deciziei CC, o cerere de anulare a acestei Decizii CC, cerere ce formează obiectul Dosarului nr. ...- detaliile privind înregistrarea acestui dosar se regăsesc mai jos:

..

astfel încât nu ne considerăm vinovați de comiterea unei abateri profesionale grave.

Va atașam în acest sens și un Certificat de greșă emis de Curtea de Apel în data de 21.07.2023 care atestă înregistrarea pe rolul acestei instanțe a dosarului mai sus menționat (Anexa 8).

Oricum, cu bună credință și deplină transparență, am informat autoritatea contractantă de existența Deciziei Consiliului Concurenței și circumstanțele principale aplicabile emiterii acesteia.

În acest sens, pentru deplina lămurire a autorității contractante, urmează să detaliem, mai jos (i) principalele argumente reținute Consiliu și poziția subscrisei față de acestea, precum și (ii) măsurile luate de subscrisa pentru demonstrarea în concret a credibilității față de circumstanțele reținute în Decizia Consiliului Concurenței.

2. Informații relevante privind Decizia nr. .../06.06.2023 a Consiliului Concurenței

Cu titlu preliminar, reiterăm că Decizia CC ne-a fost comunicată, prin email, în data de 30.06.2023 și prin intermediul serviciilor poștale, în data de 05.07.2023.

Atașăm prezentei, Decizia Consiliului Concurenței-în extras (Anexa nr. 1).

2.1. Sinteza principalelor argumente pe care se întemeiază Decizia Consiliului Concurenței

În esență, Consiliul Concurenței reține o presupusă înțelegere și/sau practică concertată cu privire la o licitație organizată de Ministerul Afacerilor Interne (MAI) în anul 2020 având ca obiect realizarea obiectivului de investiții "...)" publicată în SICAP cu numărul .. ("Licitația/Procedura .." sau "Licitația").

Potrivit Deciziei Consiliului Concurenței:

(a) am fi în prezența unei înțelegeri și/sau practici concertate prin obiect care ar fi fost realizată de 3 societăți concurente pe piața de IT&C (... , Datware și ...) și care ar fi constat în nedepunerea unei oferte la Licitație ca urmare a unui plan general convenit de aceste 3 societăți, având ca obiectiv anularea Procedurii ... pentru creșterea bugetului alocat de MAI și implicit a prețului produselor/serviciilor/lucrărilor oferite (inclusiv în urma reducerii necesarului achiziționat cu menținerea bugetului inițial).

(b) înțelegerea și/sau practica concertată dintre cele 3 societăți apreciate concurente pe piața de .. s-ar fi realizat prin limitarea sau controlul comercializării, inclusiv printr-un schimb de informații sensibile din punct de vedere concurențial, de natură a facilita coordonarea comportamentului pe piață, cu scopul final al creșterii prețurilor.

Decizia Consiliului Concurenței în cauză își construiește silogismul juridic pornind astfel de la 3 premise:

(a) ..., ... și Datware ar fi societăți concurente pe piața lucrărilor de construcții, serviciilor de instalații, serviciilor de comunicații și altor activități conexe acestora care acoperă teritoriul României.

Reținem aici faptul că argumentele Deciziei pentru calificarea relației de concurență sunt contrare cadrului legal și practicii anterioare a Consiliului Concurenței. Esența pentru aprecierea unei relații de concurență este următoarea: în ce măsură o societate poate obiectiv îndeplini cerințele stabilite în documentația de atribuire.

Potrivit Orientărilor Comisiei : întrucât părțile la acordurile de consorțiu nu sunt, așadar, concurenți potențiali în ceea ce privește implementarea proiectului, nu există o restrângere a concurenței în sensul articolului 101 alineatul (1). Acesta poate fi cazul întreprinderilor care produc diferite servicii care sunt complementare în scopul participării la licitație. O altă posibilitate este situația în care întreprinderile implicate, deși sunt toate active pe aceleași piețe, nu pot executa contractul în mod individual, de exemplu din cauza dimensiunii sau a complexității acestuia. Evaluarea posibilității fiecăreia dintre părți de a concura în cadrul unei licitații în mod individual, fiind astfel concurenți, depinde în primul rând de cerințele incluse în normele procedurii de licitație. Cu toate acestea, simpla posibilitate teoretică ca părțile să desfășoare activitatea contractuală în mod independent nu face ca acestea să fie în mod

automat concurente: trebuie să existe o evaluare realistă a capacității unei întreprinderi de a executa contractul pe cont propriu, având în vedere circumstanțele specifice ale cazului, cum ar fi dimensiunea și abilitățile întreprinderii, precum și capacitatea actuală și viitoare a acesteia, evaluată prin prisma evoluției cerințelor contractuale.

În Decizie lipsește cu desăvârșire calificarea relației ..., ... și ... în sensul impus de Orientările Comisiei.

... nu este concurentă cu ... și nu este o societate de IT. Chiar Consiliul Concurenței reține în Decizie experiența ... în realizarea centrelor de date

Participarea ... ca subcontractant în mai multe consorții nu îl transformă pe ... în concurent cu ... și Datware.

(b) ..., ... și ... - calificate drept concurente în cadrul Licităției .. - ar fi convenit un plan general având ca obiect anularea Procedurii .., cu scopul final al creșterii prețurilor de către ... la reluarea licitației (inclusiv în urma reducerii necesarului achiziționat cu menținerea bugetului inițial).

(c) Pentru realizarea planului general de anulare a Procedurii, ... ar fi purtat niște discuții cu .. (fără a exista comunicări directe între ... și ...), informații care, potrivit Consiliului, s-ar înscrie în categoria de informații sensibile și care ar sugera existența unui plan între cei 3 de anulare a Procedurii și creștere a bugetului în eventualitatea reluării acesteia. Potrivit Deciziei:

(i) ... ar fi transmis anumite informații potrivit cărora nu depune ofertă către ... conștient fiind că intenția sa privind comportamentul său viitor (i.e. nedepunerea ofertei) va ajunge la ..., ... fiind un subcontractant comun. Aceasta în condițiile în care Decizia reține în același timp că era legitim ca societatea ... să informeze partenerii de consorțiu - inclusiv .. - că nu depune ofertă.

De asemenea, Decizia spune astfel că anumite comunicări făcute de ... în cadrul consorțiului avut în vedere au fost realizate cu scopul ca aceasta să ajungă la ..., inclusiv cu scopul de a influența subliminal deciziile ofertanților care nu făceau parte din cartel.

(ii) ... ar fi comunicat ... intenții cunoscute sau presupuse privind ... și ar fi precizat ... că nu mai depune o ofertă în cadrul procedurii cu nicio altă societate. ... ar fi comunicat date/informații primite de la ... către

(iii) ... i-ar fi spus lui ... că nu intenționează să depună ofertă. Potrivit Deciziei, ... nu trebuia să îi spună subcontractului său, ..., că nu mai depune o ofertă.

(iv) Nu ar avea relevanță că nu au fost comunicări directe între ... și ..., scopul celor 3 fiind nedepunerea ofertelor și creșterea prețurilor prin creșterea bugetului de ..

2.2. Subscrisa apreciem Decizia Consiliului Concurenței a fi netemeinică și nelegală, argumentele noastre, în acest sens, fiind sustinute neîndoiește de situația de fapt și de drept aplicabilă

Principala întrebare care derivă din analiza silogismului Consiliului, mai sus redat, este cum puteau 3 societăți care sunt considerate concurente pe piața de .. (componenta care potrivit .. reprezenta 38.8% din proiectul aferent procedurii), să determine prin planul lor anularea de către .. a procedurii de atribuire a unui contract de lucrări și reluarea acesteia cu creșterea prețurilor? Aceasta cu atât mai mult cu cât:

(a) la această procedură de atribuire nu a mai participat niciun alt operator economic de pe piață - deși s-au înscris în SEAP și au pus întrebări de clarificare un număr de 26 de operatori economici, iar MAI a apreciat că au fost cauze obiective care au împiedicat societățile să depună oferte - de aici și lipsa oricărei oferte cu privire la Procedura ..

(b) așa cum reține și Consiliul Concurenței în Decizie , însăși autoritatea contractantă .. a identificat cauzele care au condus la nedepunerea ofertelor pentru Licităția .. (A se vedea Adresele nr. 14608/24.11.2021 și nr. 814703 din 08.04.2022 - Anexa nr. 2), respectiv:

(i) Perimarea specificațiilor tehnice de la momentul întocmirii documentațiilor, respectiv anul 2018 (anul realizării D.A.L.I. de prestatorul „Metroul”, pentru partea de construcții), și respectiv anul 2019 pentru echipamentele informatice, până la termenul limită de depunere a ofertelor, astfel încât o parte din soluțiile/configurațiile identificate la cel moment nu mai erau în producție/support. Un alt aspect important ce trebuie precizat este faptul că validarea procedurii de achiziție a durat aproximativ 10 luni.

(ii) Neactualizarea anumitor componente bugetare, atât pentru anumite echipamente/soluții IT, cât și pentru pe componenta de construcții/installații;

(iii) Diferențele de curs valutar rezultate dintre momentul depunerii cererii de finanțare și depunerea ofertelor în cadrul achiziției;

(iv) Majorarea salariului minim garantat de la momentul demarării activităților și până la momentul depunerii ofertelor, mai ales în sectorul de Construcții;

(v) Perioada marcată de pandemia COVID19.

(c) celelalte societăți investigate nu au fost sancționate.

Analizând astfel considerentele ce susțin Decizia se evidențiază o analiză eronată, contrară dispozițiilor legale, incompletă a împrejurărilor cauzei și susținerilor părților, clarificărilor MAI, lipsită de claritate, inclusiv în termeni de calificare a faptei.

Totodată, observăm că Decizia fie nu include motivații suficiente, fie include motivații contradictorii pe multiple paliere. Suplimentar, Decizia vorbește de fixare de prețuri, limitare comercializare, boicot, manipularea procedurii, schimburi de informații sensibile indirect prin ... (apreciat drept element nodal), fără a face o calificare clară a faptei în sensul reținut prin Decizie -încălcarea art. 5 alin. 1 lit. a și b) din Legea Concurenței, fără a dovedi îndeplinirea condițiilor legale și a celor desprinse din practica relevantă în cazul unor astfel de pretinse încălcări.

Decizia reține, de altfel, și faptul că există o înțelegere între cele 3 societăți, apreciind că data debutului faptei pentru ... și ... este 10.07.2020, iar pentru ... reținând data de 13.07.2020, invocând în susținerea pretinsului plan general dintre cei 3 având ca obiectiv anularea Procedurii MAI HUB I corespondente, comunicări anterioare datei de 13.07.2020 (data de debut a faptei pentru ...).

Amintim aici și încă două aspecte relevante pentru a se înțelege mai bine contextul și lipsa înțelegerii/practicii pretinse a fi săvârșite, urmând ca toate celelalte să fie dezvoltate pe larg în cele ce urmează.

(a) Cu privire la procedura organizată de ..după anularea procedurii ce face obiectul Deciziei, având anunțul de participare nr. .. ("Licitația .."), Decizia reține că cele 3 societăți nu se fac vinovate de încălcarea Legii concurenței - precizăm că și aici ... și ... au participat în formula analizată în cadrul Licitației .. (... ca și subcontractant), au purtat aceleași discuții ca și în prima procedură - însă aici nu au fost considerați concurenți și discuțiile lor din cadrul consorțiului nu au fost considerate ilicite.

(b) Nici societatea, care a înaintat Consiliului Concurenței o sesizare, nu a fost considerată vinovată de încălcarea Legii concurenței cu privire la procedura ..și nici celelalte societăți interesate nu au depus o ofertă în cadrul Procedura ..

În acest sens, chiar la dosarul de investigație, există și alte documente care atestă imposibilitatea obiectivă a altor societăți investigate, dar nesancționate de către Consiliul Concurenței, care nu au putut depune o ofertă din aceleași cauze obiective - i.e, bugetul subdimensionat stabilit de .., mai precis imposibilitatea de a depune o ofertă valabilă care să se încadreze în bugetul ...

Apreciem că toate aceste aspecte și motivele, pe care le-am dezvoltat pe larg în cuprinsul cererii noastre de anulare a Deciziei Consiliului Concurenței, vin și susțin ilegalitatea acesteia, respectiv faptul că Decizia se bazează pe aprecieri arbitrare, dincolo de cadrul legal și practica relevantă, discreționare și lipsite de probatoriu adecvat care să răspundă standardului probator.

Totodată, dincolo de motivele substanțiale de nulitate a Deciziei, există multiple motive procedurale care ne îndreptătesc să susținem că Decizia este nelegală, fiind emisă cu încălcarea unor dispoziții legale esențiale.

În scop ilustrativ, atașăm Observațiile ... la Raportul privind investigația declanșată din oficiu în baza Ordinului nr. 225/28.04.2021, modificat prin Ordinul nr. 713/27.09.2021 și prin Ordinul nr. 282/20.03.2023 al Președintelui Consiliului Concurenței și materialul prezentat în audieri (Anexa nr. 3).

3. Măsurile de demonstrare în concret a credibilității față de situația reținută, cu caracter nedefinitiv, prin Decizia Consiliului Concurenței

3.1. Aspecte preliminare

Cu titlu preliminar, arătăm că, procedura de demonstrare în concret a credibilității față de existența unui motiv de excludere dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică asigură cadrul legal pentru ca un operator economic care se află în una dintre situațiile reglementate drept ipoteze de excludere din procedura de atribuire să poată participa la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice dacă demonstrează autorităților contractante [i.e., care derulează proceduri de achiziții publice) că a luat măsuri eficiente

pentru a se asigura că faptele ilicite nu se vor mai repeta în viitor, respectiv pentru a-și susține credibilitatea.

În acest sens, arătăm că articolul 57 alin. (6) din Directiva 2014/24/EU reglementează, cu titlu de noutate în legislația europeană privind achizițiile publice, în mod expres mecanismul de self-cleaning.

Dispozițiile Directivei 2014/24/UE menționate mai sus sunt preluate în mod aproape identic în art. 167 alin. (1) lit. c) , lit. d) și art. 171 din Legea nr. 98/2016. Pentru scopul prezentei relevant este alin. 3 al art. 171 din Legea nr. 98/2016 care stabilește că:

"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."

Arătăm și că, urmare practicii CJUE și a doctrinei de specialitate s-au cristalizat anumite elemente care pot forma un set de măsuri de self-cleaning eficient. Acestea sunt redată cu titlu exemplificativin:

(a) în prevederile considerentului 102 din Directiva 2014/24/UE care prevede printre altele că:

"Cu toate acestea, ar trebui să se prevadă posibilitatea ca operatorii economici să adopte măsuri de conformare pentru remedierea consecințelor infracțiunilor penale sau ale abaterilor și prevenirea în mod eficient a repetării acestora. Măsurile respective ar putea consta, în special, în măsuri legate de personal sau de organizare, cum ar fi ruperea legăturilor cu persoanele sau organizațiile implicate în comportamentul ilicit, măsuri adecvate de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de raportare și de control, crearea unei structuri interne de audit care să monitorizeze respectarea legislației și adoptarea unor norme interne de responsabilizare și de compensare. [...]."

și (b) în art. 57 para. (6) din Directiva 2014/24/UE, care prevede dreptul oricărui operator economic de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de sunt suficiente pentru a-i demonstra fiabilitatea, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. .

Potrivit jurisprudenței CJUE, în aplicarea art. 57 para. (7) din Directiva, Legea nr. 98/2016 a reglementat în art. 171 dovezile pe care un operator economic le poate furniza autorității contractante pentru a-și demonstra credibilitatea (i.e., care atestă practic măsuri de self-cleaning). Ceea ce trebuie subliniat este că aceste măsuri trebuie aplicate în concordanță cu domeniul de aplicare și cu raționamentul Directivei și al dreptului UE .

Fără a relua în întregime textul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, notăm că dovezile aferente măsurilor de self-cleaning se circumscriu următoarelor categorii:

- a) repararea prejudiciului;
- b) clarificarea faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea / abaterea, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația;
- c) adoptarea de măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal.

Totodată, arătăm că și teza finală a acestui articol subliniază scopul măsurilor de self-cleaning în domeniul specific al achizițiilor publice, respectiv acela de a demonstra autorității contractante că au fost luate măsuri apte să prevină săvârșirea unor noi infracțiuni / abateri disciplinare.

În plus, trebuie menționat că în cadrul procedurii de atribuire, autoritățile contractante sunt obligate să evalueze orice măsuri de self-cleaning prezentate de un operator economic, luând în considerare orice dovezi furnizate de operatorul respectiv .

Această interpretare este susținută atât de textul legal, cât și de jurisprudența națională specifică conturată atât la nivelul curților de apel din România, cât și la nivelul Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor.

În plus, trebuie menționat că aceasta este și opinia Comisiei Europene, care a statuat în Comunicarea privind instrumentele de combatere a coluziunii în domeniul achizițiilor publice și privind orientările referitoare la modul de aplicare a motivului de excludere ca urmare a coluziunii (2021/C91/01), că:

"Informațiile precise sau dovezile pe care operatorul economic le poate prezenta pentru evaluarea efectuată de autoritatea contractantă diferă de la caz la caz. Având în vedere principiul proporționalității trebuie să fie posibil să se considere că operatorul trebuie să demonstreze că a luat măsurile prevăzute la articolul 57 alineatul (6) al doilea paragraf, care sunt aplicabile în cazul respectiv. De exemplu, operatorul trebuie să demonstreze că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație pentru comportamentul său ilegal numai în cazul în care există o plângere împotriva sa. În plus, pot exista cazuri în care luarea de măsuri numai cu privire la personal poate fi suficientă pentru a convinge autoritatea contractantă de fiabilitatea operatorului, fără a fi nevoie să se ia alte măsuri tehnice sau organizatorice."

Astfel, principiul proporționalității impune autorității contractante să efectueze o apreciere concretă și individualizată a atitudinii operatorului economic vizat, pe baza tuturor elementelor pertinente.

În acest sens, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere toate mijloacele pe care ofertantul le avea / are la dispoziție pentru a-și demonstra credibilitatea și pentru a atinge scopul final al măsurilor de self-cleaning, respectiv că acestea sunt apte să prevină săvârșirea unor noi abateri profesionale.

Arătăm totodată că, în sprijinul Autorităților contractante, a fost emise și următoarele orientări la nivel național și european:

■ Opinia Comună 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, cu modificările și completările ulterioare, ale art. 184 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 84 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, emisă de ANAP și Consiliul Concurenței la data de Opinia Comună cu privire la dovezile pe care le poate furniza un operator economic autorității contractante în vederea demonstrării credibilității potrivit prevederilor, emisă de ANAP și Consiliul Concurenței la data de 05.08.2020 ("Opinia Comună")

■ ulterior adoptării Opiniei Comune, în data de 18.03.2021, a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene Comunicarea privind instrumentele de combatere a coluziunii în domeniul achizițiilor publice și privind orientările referitoare la modul de aplicare a motivului de excludere ca urmare a coluziunii (2021/C91/01) („Comunicarea CE”).

Redăm mai jos extras din Comunicarea CE - având în vedere că aceasta conține cele mai recente recomandări, adaptate practicii CJUE în materie.

În esență, Comisia Europeană a emis un set de orientări concise, ușor de utilizat și de parcurs, adresate autorităților contractante cu privire la modul de aplicare a motivului de excludere ca urmare a coluziunii prevăzut în directivele privind achizițiile publice, în care instruează autoritățile contractante în sensul că:

(i) Deși „considerentul 102 din directivă recunoaște posibilitatea ca statele membre să stabilească astfel de condiții în cazul specific de evaluare a măsurilor de „autocorectare” prezentate de un ofertant”, cu toate acestea, „nicio astfel de condiție nu ar trebui să schimbe, să modifice, să extindă sau să limiteze domeniul de aplicare sau motivarea cauzelor de excludere prevăzute la alineatul (4) din articolul în discuție, să limiteze puterea de apreciere a autorităților contractante sau să prejudicieze sau să aducă atingere deciziilor acestora”;

(ii) Posibilitatea de a exclude un operator economic „ca urmare a unei suspiciuni de coluziune nu este interpretată în directivă drept sancțiune pentru comportamentul său înaintea sau în timpul procedurii de atribuire. Aceasta servește mai degrabă ca mijloc de asigurare a respectării principiului egalității de tratament și al concurenței în cadrul procedurii de atribuire, precum și de asigurare a integrității, a fiabilității și a caracterului adecvat al viitorului contractant în vederea executării contractului.”

Pornind de la această premisă autoritatea contractantă trebuie să analizeze măsurile de self-cleaning „ținând seama de gravitatea sau de circumstanțele particulare ale încălcării și să furnizeze justificări atunci când decide că dovezile nu sunt suficiente pentru a-i permite ofertantului să participe în continuare la procedură”.

(iii) Totodată, „autoritatea contractantă trebuie, de asemenea, să dea dovadă de proporționalitate atunci când evaluează măsurile de „autocorectare” prezentate de ofertantul în cauză”, iar „principiul proporționalității impune, în general, autorității contractante să efectueze o evaluare specifică și individuală a operatorului economic în cauză (37), independent de deciziile anterioare luate de alte autorități (a se vedea secțiunea 5.4) și respectând dreptul operatorului de a prezenta măsuri de „autocorectare” (a se vedea secțiunea 5.7)”

(iv) Mai mult, Comisia reține că „puterea de apreciere a autorității contractante în ceea ce privește excluderea unui operator de la procedura de atribuire este, de asemenea, atenuată de necesitatea ca decizia să fie bine documentată și motivată corespunzător”.

În acest sens, se subliniază în Comunicarea CE că „autoritățile contractante trebuie să aibă în vedere în toate etapele procedurii de atribuire că excluderea unui operator economic de la procedură are ca rezultat limitarea efectivă a concurenței și a posibilității de alegere pentru achizitorul public. Aceasta este o măsură care trebuie utilizată cu prudență (în special în sectoarele în care există un număr limitat de operatori economici activi) și numai în cazul în care integritatea și fiabilitatea viitorului contractant nu pot fi asigurate prin alte măsuri mai puțin drastice”.

3.2. Măsurile de demonstrare în concret a credibilității luate de subscrisa

Indiferent de poziția noastră procesuală față de Decizia Consiliului Concurenței, arătăm că subscrisa am luat măsuri adecvate și suficiente de demonstrare în concret a credibilității noastre, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, subscrisa am luat prompt aceste măsuri, chiar anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, în scopul de a elimina orice risc referitor la încălcarea legislației comerciale sau afectarea credibilității noastre.

În concret, arătăm că Subscrisa am elaborat și implementat măsuri de consolidare a credibilității noastre conform art. 171 alin. (1-3) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare inclusiv, după cum urmează:

1) Pe parcursul investigației, Subscrisa am colaborat cu inspectorii de concurență, am furnizat toate informațiile solicitate și am clarificat solicitările acestora, cu respectarea obligațiilor noastre legale.

2) **De asemenea, Subscrisa am implementat un Program de conformare cu legislația concurențială, atât la nivel intern cât și în relația cu partenerii noștri comerciali, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului.**

În acest sens:

(i) **Am elaborat un Ghid de conformare cu legislația concurențială care a fost comunicat angajaților în data de 15 iunie 2023;**

(ii) Am organizat sesiuni de training de către experți în domeniul dreptului concurenței, atât pentru personalul propriu, cât și pentru partenerii contractuali.

Aceste sesiuni de training s-au realizat în perioada 19 decembrie 2022 - 22 februarie 2023;

(iii) Anumiți angajați ai societății au participat la sesiuni de training privind respectarea regulilor de concurență, sesiuni de training efectuate de către alți parteneri externi ai societății;

(iv) Managementul companiei a participat la sesiuni de training efectuate de Grupul ... AG din care face parte Societatea pe parcursul anilor 2021- 2022;

(v) Avem implementat la nivelul societății și la nivel de Grup, un Cod de conduită care a fost adus la cunoștința salariaților și salariații sunt instruiți periodic cu privire la conținutul acestuia, Cod de conduită care reglementează inclusiv regulile de concurență și prin care este exprimată poziția, clară, fermă, publică a societății în sensul respectării normelor de concurență ;

Aceste măsuri au fost analizate inclusiv de Consiliul Concurenței și reținute de acesta ca și circumstanțe atenuante la individualizarea sancțiunii prevăzute în Decizia Consiliului Concurenței și sunt prezentate în Anexele nr. 4, 5 și 6 la prezentul răspuns.

(vi) Exista la nivel de ..., o procedura de Sistem intern de control in vigoare de la 01.01.2021 (procedura avand denumirea societatii de la data aprobariei, respectiv .., intre timp societatea schimbandu-si denumirea in), aplicabila tuturor entitatilor ... deci si SRL care are ca scop monitorizarea si realizarea de controale si audituri interne, realizarea obiectivelor si politicilor corporative, contribuind astfel la îmbunătățirea sigură și durabilă a valorii corporative, la respectarea legilor si reglementarilor interne ale societatii si la eliminarea si reducerea riscurilor asociate derulării activității Societatii.

(vii) De asemenea, ulterior primirii Deciziei CC, in vederea conștientizării si prevenirii oricărei situatii de acest gen, managementul Societatii a emis Decizia Consiliului de Administrație din data de 20 iulie 2023 prin care a stabilit reguli clare de urmat in materia concurenței si sancțiunile aplicabile in caz de nerespectare a acestor reguli, decizie comunicata in data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societatii;

(viii) A fost actualizat si comunicat angajaților Societatii, Regulamentul de ordine Interioara al Societatii cu reguli clare privind respectarea regulilor de concurenta, fiind considerata abatere disciplinara incalcarea oricărei reguli de concurenta de către angajații societatii, regulament comunicat in data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societatii; Atașam in acest sens, documentele respective si procesele verbale de instruire a salariaților;

(ix) In conformitate cu cele dispuse prin Decizia Consiliului de Administrație din data de 20 iulie 2023, am recomunicat Ghidul de conformare cu legislația concurențială tuturor angajaților Societatii in data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societatii; Atașam in acest sens, documentele respective si procesele verbale de instruire a salariaților;

In conformitate cu Adresa emisa de Consiliul Concurenței sub nr. RG/10164/02.08.2023 (Anexa 9), Consiliul Concurenței, precizeaza ca:

„De asemenea, în ceea ce privește măsurile concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal pentru prevenirea săvârșirii de noi încălcări, pot exista cazuri în care luarea de măsuri numai cu privire la personal poate fi suficientă pentru a convinge autoritatea contractantă de fiabilitatea operatorului, fără a fi nevoie să se ia alte măsuri tehnice sau organizatorice. „

1) Totodată, subscrisa ne angajăm să plătim amenda, în situația menținerii de către instanța de judecată a Deciziei Consiliului Concurenței și cu respectarea dreptului nostru la apărare. La data curentă, ca urmare a demersurilor legale întreprinse de subscrisa la Agenția Națională de Administrare Fiscala in conformitate cu prevederile din Codul de Procedura Fiscala, Agenția Națională de Administrare Fiscala a dispus suspendarea plății amenzii de către subscrisa pana la soluționarea de către instanța de judecată a cererii noastre de anulare formulata impotriva Deciziei .. Atașam in acest sens, Adresa nr. 13229/28.08.2023 din care rezulta suspendarea plății amenzii de către Agenția Națională de Administrare Fiscala (Anexa 10).

2) Mai mult, prin Adresa emisa de Consiliul Concurenței sub nr. RG/10164/02.08.2023 , Consiliul concurenței se precizeaza clar ca efectuarea plății sau asumarea acestei plăți (in cazul nostru amenda) ar trebui achitata "numai în cazul în care există o plângere împotriva sa", or împotriva subscrisei nu exista nicio plângere formulata in acest sens si precizam că nu au fost invocate sau pretinse eventuale prejudicii care să fi fost cauzate de faptele reținute în Decizia Consiliului Concurenței drept pretins comportament neconcurențial.

3) Nu în ultimul rând arătăm că, subscrisa nu am mai fost sancționată pentru asemenea fapte si suntem un operator economic cu o experiență bogată și credibilitate necontestată în domeniul contractelor de achiziție, fiind unul dintre principalii integratori care activeaza pe piața IT din Romania .

In conformitate cu Adresa emisa de Consiliul Concurenței sub nr. RG/10164/02.08.2023, prin care Consiliul Concurenței, se precizeaza ca:

„ Evaluarea dovezilor prezentate de un ofertant sancționat printr-o decizie a autorității 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.

În acest sens, atașam , în Anexa 7 la prezenta, o prezentare a principalelor referințe și recomandări primite din partea clienților din care rezulta buna implementare a contractelor de achiziție publică în ultimii 3 ani.

De asemenea, prin Adresa emisa de Consiliul Concurenței sub nr. RG/10164/02.08.2023, prin care Consiliul Concurenței clarifica și precizează ca:

„încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor reprezintă o abatere profesională gravă ce pune în discuție integritatea întreprinderilor cu privire la care s-a constatat săvârșirea faptei. În același timp, conform prevederilor art. 171 alin. (1) din Legea achizițiilor publice, întreprinderile aflate în această situație de excludere pot fi acceptate în procedurile de achiziție publică în condițiile în care acestea pot furniza autorității contractante dovezi prin care să demonstreze luarea de măsuri suficiente pentru demonstrarea concretă a credibilității.”

Or, în decizia emisa de Consiliul Concurenței și pe care am contestat-o deja în instanța nu este reținută nicio încălcare de tip cartel care să vizeze o trucare de licitații, astfel încât presupusa faptă reținută în decizia CC, drept pretins comportament neconcurențial, nefiind însă de tip cartel, nu ar trebui considerată abatere profesională gravă.

Prin urmare, chiar și în măsura în care Decizia Consiliului Concurenței ar rămâne definitivă, sunt aplicabile prevederile art. 171 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016, subscrisă a luat toate măsurile necesare pentru a ne demonstra în concret credibilitatea prin raportare la susținerile Consiliului Concurenței din Decizia mai sus menționată. Avem speranța că cele mai sus expuse și documentele justificative atașate vor convinge autoritatea contractantă de caracterul adecvat și suficient al măsurilor de autocorectare dispuse de subscrisă.

În măsura în care veți aprecia necesare informații suplimentare, vă asigurăm de disponibilitatea noastră de a clarifica pe deplin aspectele mai sus expuse.

Vă solicităm în conformitate cu prevederile art. 57 alin 1 din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, să păstrați confidențialitatea acestui răspuns și a tuturor documentelor aferente care însoțesc acest răspuns (întrucât acestea reprezintă informații confidențiale ale subscrisei și dezvaluirea acestor informații unor terțe persoane ar presupune ca acestea pot uza de ele în sensul obținerii unui avantaj competitiv față de subscrisă (cu atât mai mult cu cât subscrisă am introdus la Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, o cerere de anulare a acestei Decizii, cerere ce formează obiectul Dosarului nr. ... și prin urmare, se impune păstrarea confidențialității tuturor documentelor prezentate, divulgarea acestora periclita dreptul nostru legitim la apărare.

De asemenea, există date cu caracter personal menționate în documentele atașate acestui răspuns în care apare numele, prenumele, funcția, adresele de email, telefoane, etc ale unor persoane/angajați, iar acestea reprezintă informații confidențiale ale ofertantului în conformitate cu Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor) - „...”.

Facem precizarea ca acestea sunt comunicate strict în vederea evaluării prezentului răspuns și a oricăror documente în legătură cu prezentul răspuns, putând fi prelucrate doar de către Autoritatea contractantă.

În concluzie, față de toate argumentele de fapt și de drept mai sus menționate, toate informațiile pe care ofertantul le-a menționat în acest răspuns și anexele la răspuns, trebuie să respecte regimul juridic al confidențialității și autoritatea contractantă nu va divulga niciunui terț aceste informații din răspuns (în categoria terților incluzându-se și membrii ai autorității contractante care nu au dreptul, conform legii, să cunoască aceste informații), fără acordul scris al ofertantului.

În măsura în care veți aprecia necesare informații suplimentare, vă asigurăm de disponibilitatea noastră de a clarifica pe deplin aspectele mai sus expuse și rămânem la dispoziția dumneavoastră pentru orice alte detalii suplimentare.

Au fost atașate răspunsului furnizat următoarele înscrisuri:

1. Decizia Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023 - în extras
2. Adresele ..nr. 14608/24.11.2021 și nr. 814703 din 08.04.2022
3. Observațiile ... la Raportul de investigație și materialul prezentat în audieri
4. Documentația aferentă implementării Programului de conformare cu legislația concurențială internă
5. Documentația aferentă implementării Programului de conformare cu legislația concurențială internă cu partenerii contractuali

6. Documentația aferentă implementării măsurilor de testare a personalului din perspectiva reglementărilor concurențiale și certificatele aferente ulterioare testării.
7. Procedura de Sistem intern de control aplicabila tuturor entitatilor ..
8. Principalele referințe și recomandări primite din partea clienților cu privire la contracte încheiate în ultimii 3 ani.
9. Cererea în anulare a Deciziei Consiliului Concurenței ce face obiectul dosarului nr. .../2/2023 și Certificatul de grefa aferent emis de Curtea de apel în data de 21.07.2023 ce atesta ca acest dosar a fost înregistrat și se afla pe rol la Curtea de Apel;
10. Adresa emisă de Consiliul Concurenței sub nr. RG/10164/02.08.2023;
11. Adresa nr. 13229/28.08.2023 din care rezulta suspendarea plății amenzii de către Agenția Națională de Administrare Fiscală

Răspunsul furnizat de ofertanta contestatoare a fost analizat de membrii comisiei de evaluare, la data de 18.09.2023 ocazie cu care a fost elaborat *Procesul-verbal nr. 10958/18.09.2023 privind evaluarea informațiilor din DUAE-nr. 2*, concluzia la care au ajuns membrii comisiei de evaluare fiind următoarea: Comisia a constatat că prin toate documentele depuse nu ați dovedit asumarea obligației de plată, nu ați dovedit eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, nu ați implementat sisteme de control și raportare, nu ați înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme.

Prin urmare, comisia de evaluare a decis excluderea dumneavoastră din procedura de atribuire, în etapa evaluării DUAE, în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. c) și art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu ați furnizat dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a vă demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Cu luarea în considerare a celor de mai sus, se constata că problema care trebuie dezlegată de Consiliu privește temeinicia/netemeinicia aplicării prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 171 din același act normativ, în contextul în care oferta SRL a fost exclusă, deoarece comisia de evaluare a apreciat că: "Prin urmare, comisia de evaluare a decis excluderea dumneavoastră din procedura de atribuire, în etapa evaluării DUAE, în conformitate cu art. 167 alin. (1) lit. c) și art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu ați furnizat dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a vă demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice."

Motivele reținute de membrii comisiei în fundamentarea deciziei de excludere a ofertei contestatoare SRL sunt următoarele:

- achizițarea a considerat că documentele datate și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 „(...) nu reprezintă măsuri suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității având în vedere că sunt anterioare emiterii deciziei precizate prin care ați fost sancționat”;

- achizițarea a apreciat că suspendarea plății amenzii în conformitate cu prevederile art. 235 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală „nu echivalează cu o dovada efectuării plății sau a asumării de către acesta a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023”.

- raportat exclusiv la documentele „date și înregistrate” după emiterea Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 („Decizia Consiliului Concurenței”), autoritatea contractantă a apreciat că ofertanta SRL nu a dovedit asumarea obligației de plată, eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, implementarea de sisteme de control și raportare, înființarea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme.

Prevederile amintite în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 11047/18.09.2023 stabilesc următoarele:

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

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau **a unei autorități administrative;**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referitor la susținerile achizitoarei cu privire la "în etapa DUAЕ, unicul ofertant SRL nu a încărcat niciun document justificativ, ci s-a limitat să bifeze „NU, în DUAЕ,, Ia Partea a III-a a lit. C: Motive legate de insolvență, conflicte de interes sau abateri profesionale, paragraful "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave" , depunând o anexă la DUAЕ înregistrată sub nr 506/28.08.2023 {Anexa nr. 1 la punctul de vedere) prin care a precizat „Consiliul Concurenței din România a sancționat, prin Decizia nr. .../06.06.2023 S.R.L.", Consiliul, așa cum a fost anterior reținut, constată că ofertanta a bifat în cadrul DUAЕ-ului, „NU" la întrebarea "Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave" din DUAЕ și a atașat nota la DUAЕ prin care a informat autoritatea contractantă de existența Deciziei Consiliului Concurenței și circumstanțele principale aplicabile emiterii acesteia, respectiv SRL apreciază netemeinică fapta reținută în Decizia Consiliului Concurenței, astfel a formulat și depus, la Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, în interiorul termenului legal de contestare de 30 de zile de la comunicarea Deciziei Consiliului Concurenței, o cerere de anulare a acestei Decizii a Consiliului Concurenței, cerere ce formează obiectul Dosarului nr. ., astfel încât nu s-a considerat vinovată de comiterea unei abateri profesionale grave.

În concret, ofertanta a adus la cunoștința autorității contractante că nu recunoaște fapta reținută în Decizia Consiliului Concurenței și că a formulat și depus, la Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, o cerere de anulare a acestei Decizii a Consiliului Concurenței, cerere ce formează obiectul Dosarului nr. .. pe rolul Curții de apel Totodată SRL a furnizat, chiar în această etapă un sumar al celor reținute de Consiliul Concurenței prin respectiva decizie de sancționare, manifestându-și disponibilitatea să pună la dispoziția autorității contractante toate documentele necesare lămuririi acestei situații. Autoritatea contractantă a avut la dispoziție toate informațiile

necesare evaluării încadrării ofertantei în cazurile de excludere din procedură, încă de la momentul depunerii ofertei.

Astfel fiind, având în vedere faptul că ofertanta a prezentat raționamentul pentru care nu a bifat "NU" în formularul DUAЕ, aceasta a apreciat că nu sunt întrunite condițiile prevăzute, fiind determinată de certitudinea ofertantei că nu se află în situațiile de excludere prevăzute de dispozițiile legale.

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

În determinarea situației de fapt, se are în vedere că, prin Decizia nr. ... din 06.06.2023, Consiliul Concurenței a sancționat SRL cu amendă în cuantum de de 16.023.559,65 lei, reprezentând 4,25% din cifra de afaceri realizată în anul 2022, pentru încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și a art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, mai exact:

PLENUL CONSILIULUI CONCURENTEI
DECIDE

Art. 1 Se consultă încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (I) lit. a) și b) din Legea concurenței, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și ale art. 101 alin. (I) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene de către întreprinderile ... (în prezent ... S.A.), prin participarea la o înțelegere și/sau practică concertată unică, continuă și complexă având ca obiect restrângerea concurenței, constând în coordonarea politicilor și strategiilor comerciale ale întreprinderilor concurente, cu scopul manipulării procedurii de achiziție publică având ca obiect activități pentru proiectare și execuție pentru realizarea obiectivului de investiții „... („..”, pentru creșterea bugetului alocat de autoritatea contractantă și, implicit, a prețului produselor /serviciilor /lucrărilor oferate pe piața serviciilor de instalații, piața serviciilor de comunicații și alte activități conexe ale acestora (Inclusiv în urma reducerii necesarului achiziționat cu menținerea bugetului inițial), prin limitarea sau controlul comercializării, inclusiv printr-un schimb de informații sensibile din punct de vedere concurențial, de natură a facilita coordonarea comportamentului pe piață, cu scopul final al creșterii prețurilor.

Art.2 În temeiul art. 55 alin. (I) lit. a) din Legea concurenței, republicată, cu modificările și completările

ulterioare, întreprinderile prevăzute la art. 1 se sancționează după cum urmează:

(...)

b) S.R.L. cu amendă în cuantum de 16.023.559,65 lei, reprezentând 4,25% din cifra de afaceri realizată în anul 2022;

(...)."

Sunt relevante de redat precizările din cuprinsul *Deciziei Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023 privind constatarea încălcării dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată cu modificările și completările ulterioare și ale art 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene*

"(.....)

9.3. Circumstanțele săvârșirii faptei

9.3.1 Circumstanțe agravante

(369) în conformitate cu prevederile Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor, nivelul de bază poate fi majorat, cu un procent cuprins între 5% și 10% din nivelul de bază al

amenzii, pentru fiecare circumstanță agravantă reținută, atunci când Consiliul Concurenței constată că există circumstanțe agravante.

(370) Nivelul de bază poate fi majorat atunci când Consiliul Concurenței constată că există circumstanțe agravante, precum:

a) săvârșirea de către aceeași întreprindere a unei încălcări identice sau similare cu încălcarea constatată printr-o decizie anterioară a Consiliului Concurenței.

Nivelul de bază va fi majorat cu un procent cuprins între 10% și 25% pentru fiecare astfel de încălcare reținută de Consiliul Concurenței;

b) continuarea încălcării după declanșarea procedurii de către Consiliul Concurenței;

c) refuzul de a coopera cu Consiliul Concurenței sau obstrucționarea acestuia în desfășurarea investigațiilor;

d) rolul de conducător sau de inițiator al încălcării;

Consiliul Concurenței va acorda, de asemenea, o atenție deosebită oricărei măsuri întreprinse pentru a constrânge alte întreprinderi să participe la încălcarea respectivă și/sau măsurilor represive luate împotriva altor întreprinderi cu scopul de a pune în aplicare practicile anticoncurențiale;

e) alte împrejurări de natura celor de mai sus care imprimă faptei un caracter grav.

"

(371) În cazul de față nu se rețin circumstanțe agravante.

9.3.2 Circumstanțe atenuante

(372) În conformitate cu prevederile Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor, nivelul de bază al amenzii poate fi redus, cu un procent cuprins între 5% și 10% din nivelul de bază al amenzii, pentru fiecare circumstanță atenuantă reținută, atunci când Consiliul Concurenței constată că există circumstanțe atenuante.

(373) Nivelul de bază al amenzii poate fi redus atunci când Consiliul Concurenței constată că există circumstanțe atenuante, precum:

a) întreprinderea implicată furnizează dovezi că a pus capăt încălcării imediat ce autoritatea de concurență a intervenit. Această situație nu va fi reținută ca circumstanță atenuantă în cazul înțelegerilor secrete sau practicilor concertate, în special în cazul cartelurilor;

b) întreprinderea furnizează dovezi că participarea sa în încălcarea săvârșită este extrem de redusă și astfel demonstrează că, în cursul perioadei în care a fost parte la încălcare, în mod efectiv, a evitat punerea în aplicare a acesteia, adoptând un comportament concurențial corect pe piață;

d) întreprinderea implicată a colaborat în mod efectiv și pe deplin cu Consiliul Concurenței în afara domeniului de aplicare al politicii de clemență, reglementată la art. 55 alin. (3) din lege și dincolo de obligația sa legală de a coopera;

e) comportamentul anticoncurențial al întreprinderii a fost autorizat sau încurajat de autorități publice ori de legislația existentă;

f) întreprinderea dovedește existența și implementarea efectivă a unui program de conformare cu regulile de concurență;

g) întreprinderea dovedește încheierea de tranzacții cu persoanele prejudiciate de încălcarea legislației în materia concurenței investigate în scopul acordării de despăgubiri pentru prejudiciul cauzat acestora;

h) alte împrejurări de natura celor de mai sus.

(374) De asemenea, capitolul IV1 din Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor prevede posibilitatea reducerii amenzii în scopul asigurării caracterului proporțional al amenzii, la solicitarea întreprinderilor, iar capitolul V reglementează majorarea specifică pentru realizarea efectului disuasiv și reducerea amenzii pentru imposibilitatea de a plăti.

9.3.2.1 Circumstanțe atenuante reținute de Consiliul Concurenței

(375) Se reține ca circumstanță atenuantă pentru întreprinderile ... S&T, ... și ... **aplicarea la nivelul întreprinderii a unui program de asigurare a conformității cu legislația din domeniul concurenței.** Nivelul de bază al amenzii se diminuează pentru fiecare întreprindere.

(376) Se reține ca circumstanță atenuantă pentru întreprinderile .../S&T, ... și ... faptul că **întreprinderea implicată a promovat regulile de concurență prin pregătirea și diseminarea unor programe de conformare cu regulile de concurență la nivelul**

partenerilor comerciali ai societății. Nivelul de bază se diminuează cu (...) pentru fiecare întreprindere."

Din cuprinsul deciziei Consiliului Concurenței rezultă că pe parcursul derulării procedurii (..... SRL a implementat un Program de conformare cu legislația concurențială. Consiliul Concurenței a analizat măsurile dispuse de SRL și a reținut ca și circumstanțe atenuante la individualizarea sancțiunii: „aplicarea unui program de asigurare a conformității cu legislația din domeniul concurenței” și "promovarea regulilor de concurență la nivelul partenerilor comerciali ai societății", diminuând amenda cu 15% pentru aceste circumstanțe. Acest fapt rezultă din Secțiunea 9.3.2.1 paragrafele 375-376 din Decizia nr. .../2023 (pag 111 și 112 din Decizie).

Sunt întemeiate precizările contesatatoarei, *per a contrario*, prin raportare la paragrafele 370-371, mai exact:

"(i) Pe parcursul investigației, Subscrisa am colaborat cu inspectorii de concurență, am furnizat toate informațiile solicitate și am clarificat solicitările acestora, cu respectarea obligațiilor noastre legale.

Acest fapt rezultă din Secțiunea 9.3.1 paragrafele 370-371 din Decizia (pag. 110 din Decizie) nr. .../2023, în care **Consiliul consemnează că nu a fost reținută nicio circumstanță agravantă dintre cele enumerate, respectiv nici circumstanța agravantă de la paragraful 370 lit. c "refuzul de a coopera cu Consiliul Concurenței sau obstrucționarea acestuia la desfășurarea investigațiilor":**

(370) Nivelul de bază poate fi majorat atunci când Consiliul Concurenței constată că există circumstanțe agravante, precum:

c) refuzul de a coopera cu Consiliul Concurenței sau obstrucționarea acestuia în desfășurarea investigațiilor."

Se cuvine a fi redată în integralitate și adresă nr. 10164/02.08.2023 transmisă de Consiliul Concurenței, atașată de ofertanta contestatoare SRL, în cadrul răspunsului furnizat la solicitarea adresată, respectiv:

Subiect: adresa dvs. nr. 512708 din 18.07.2023, înregistrată la Consiliul Concurenței cu nr. RG- 10164/19.07.2023 (Cazul nr. 2301311)

Stimată doamnă avocat Mihaela Ion,

Referitor la adresa dvs sus-menționată, prin care solicitați clarificări privind interpretarea art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare vă comunicăm următoarele:

Consiliul Concurenței este autoritatea administrativă autonomă în domeniul concurenței, care pune în aplicare prevederile Legii concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare (denumită, în continuare, Legea concurenței), act normativ care are în vedere actele și faptele susceptibile a afecta mediul concurențial normal și vizează, în principal, relațiile comerciale dintre întreprinderi.

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

Potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea achizițiilor publice, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică operatorul economic care a comis o abatere profesională gravă ce îi pune în discuție integritatea,

noțiunea „abatere profesională gravă” incluzând și încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor .

Cu toate acestea, legiuitorul a instituit și posibilitatea reabilitării, în sensul că operatorul economic, care se află în una din situațiile de excludere de la procedura de atribuire, poate furniza autorității contractante dovezi prin care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere³.

În acest sens, cu scopul de a clarifica modalitățile prin care un operator economic își poate demonstra în concret credibilitatea, autoritatea de concurență împreună cu Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP) au emis o opinie comună, fiind publicată, de asemenea și lista operatorilor economici care au fost implicați în practici anticoncurențiale de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor publice. Obiectivul principal al publicării acestor informații, avut în vedere de cele două instituții publice, este acela de a sprijini autoritățile/entitățile contractante în procesul de evaluare specific din cadrul procedurilor de atribuire pe care acestea le organizează. Opinia comună are un caracter orientativ, enumerarea cuprinsă în aceasta neavând un caracter exhaustiv, autoritățile contractante având libertatea de a evalua, de la caz de caz, măsurile luate de operatorii economici și dovezile în susținerea acestora, pentru a putea lua o hotărâre în privința excluderii de la procedura de atribuire.

Prin deciziile prin care Consiliul Concurenței constată săvârșirea acestor practici anticoncurențiale în cadrul sau în legătură cu proceduri de achiziție publică și aplică sancțiunea amenzii contravenționale, nu este impusă întreprinderilor măsura interzicerii participării la proceduri de achiziție publică.

Încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor reprezintă o abatere profesională gravă ce pune în discuție integritatea întreprinderilor cu privire la care s-a constatat săvârșirea faptei. În același timp, conform prevederilor art. 171 alin. (1) din Legea achizițiilor publice, întreprinderile aflate în această situație de excludere pot fi acceptate în procedurile de achiziție publică în condițiile în care acestea pot furniza autorității contractante dovezi prin care să demonstreze luarea de măsuri suficiente pentru demonstrarea concretă a credibilității.

Conform dispozițiilor art. 171 alin. (3) din Legea achizițiilor publice, „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”.

Prevederea legală citată transpune în legislația românească art. 57 par. (6) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice „operatorul economic dovedește că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri”.

De asemenea, în Comunicarea CE se precizează: „Cooperarea strânsă dintre autoritatea contractantă și alte autorități, precum autoritatea de concurență, autoritățile responsabile pentru registrele naționale ale comerțului etc., facilitează evaluarea măsurilor de „autocorectare”. Aceste autorități pot oferi, de la caz la caz, recomandări utile cu privire la impactul acestor măsuri și la informațiile necesare [cu respectarea legislației UE și a legislației naționale privind protecția datelor] pentru ca autoritatea contractantă să evalueze, de

exemplu, dacă operatorul a cooperat în mod suficient și activ cu autoritatea de concurență într-un caz anterior, dacă persoanele implicate în coluziunea anterioară au fost înlocuite sau dacă amenziile sau compensațiile impuse au fost plătite în mod corespunzător. În vederea încheierii procedurilor de atribuire într-un interval de timp rezonabil, autoritățile ar trebui să depună eforturi pentru a realiza cu promptitudine o astfel de cooperare, utilizând în mod optim resursele disponibile".

În ceea ce privește fiecare categorie de măsuri enumerate, autoritatea contractantă are libertatea de apreciere cu privire la caracterul suficient al măsurilor întreprinse de operatorii economici pentru a-și demonstra în concret credibilitatea. Astfel, în ceea ce privește efectuarea plății sau asumarea acesteia, în Comunicarea CE se precizează că operatorul trebuie să demonstreze că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație pentru comportamentul său ilegal numai în cazul în care există o plângere împotriva sa. De asemenea, în ceea ce privește măsurile concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal pentru prevenirea săvârșirii de noi încălcări, pot exista cazuri în care luarea de măsuri numai cu privire la personal poate fi suficientă pentru a convinge autoritatea contractantă de fiabilitatea operatorului, fără a fi nevoie să se ia alte măsuri tehnice sau organizatorice.

Evaluarea dovezilor prezentate de un ofertant sancționat printr-o decizie a autorității 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.

Din lecturarea motivelor indicate de achizitoare în cadrul actului de comunicare a rezultatului procedurii, motive ce au stat la baza deciziei de excludere a ofertantei SRL, un prim motiv l-a constituit faptul că în urma verificării documentelor depuse cu scopul prezumat de a vă dovedi credibilitatea în sensul art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, comisia de evaluare a constatat că majoritatea documentelor încărcate sunt datate și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 privind constatarea încălcării dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1006, republicată, cu modificările și completările ulterioare și ale art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și sancționarea întreprinderilor S.A., în condițiile în care eventualele documente de natură să dovedească credibilitatea dumneavoastră ar fi trebuit să fie ulterioare deciziei de sancționare.

Cu alte cuvinte, achizitoarea a apreciat în referire la o parte dintre documentele justificative privind măsurile luate de ofertantă pentru demonstrarea în concret a credibilității, neconcludența acestor „documente datate și înregistrate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023.”

Astfel achizitoare a apreciat că respectivele documente justificative privind măsurile luate de ofertantă, nu reprezintă măsuri suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității având în vedere că sunt anterioare emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023.

Împrejurarea că respectivele documente sunt *anterioare* deciziei emise de Consiliul Concurenței nu este de natură la ignorarea respectivelor înscrisuri. În stabilirea acestei finalități se rețin ca fiind judicioase argumentele autoarei contestației, care au fost precizate și în cuprinsul răspunsului furnizat, respectiv că o serie importantă de măsuri

de demonstrare în concret a credibilității au fost luate de ofertantă anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, după cunoașterea obiectului investigației și a naturii faptelor față de care plana suspiciunea de încălcare a legislației concurențiale.

Din economia dispozițiilor legale mai sus redate, Consiliul constată că legiuitorul nu a instituit un termen de la care măsurile luate de operatorii economici potrivit art. 171 alin. (1) ar putea fi dispuse.

Or sub acest aspect sunt juste susținerile contestatoarei, potrivit cărora: *De altfel, după cum am adus la cunoștința autorității contractante (...), cooperarea subscrisei cu autoritatea de concurență pe parcursul derulării investigației este consemnată chiar în cuprinsul Deciziei Consiliului Concurenței, fiind evident că această măsură nu poate fi decât anterioară emiterii acesteia.*

În considerarea celor antemenționate sunt relevante argumentele aduse de contestatoarea în favoarea faptului că legea nu face distincție între tipul de măsuri de remediere ce pot fi dispuse de către operatorii economici din perspectiva unei potențiale date de referință de la care asemenea măsuri ar putea fi dispuse, astfel încât, fiind în prezența unor prevederi legale imperative care reglementează o situație excepțională - respectiv sancțiunea extremă a excluderii dintr-o procedură de atribuire - nici autoritatea contractantă nu are dreptul de a face această distincție, respectiv:

Măsurile pe care un operator economic le poate lua pentru a-și demonstra în concret credibilitatea se raportează la motivele de excludere, respectiv, în cazul concret al abaterii reglementate de art. 164 alin. (1) lit. c) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016, la fapta care ar putea fi considerată ca fiind ilicită, adoptarea acestora nefiind condiționată de legiuitor de existența unei decizii a unei autorități contractante.

Astfel, din simpla lectură a art. 164 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, rezultă că decizia instanței de judecată sau a autorității administrative reprezintă un posibil mijloc de probă pe care autoritatea contractantă îl poate invoca în susținerea existenței cazului de excludere, această prevedere legală neputând fi extinsă, pe cale de interpretare, ca instituind un termen de la care măsurile luate de operatorii economici potrivit art. 171 alin. (1) ar putea fi dispuse.

Dimpotrivă, din cuprinsul art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care reglementează tipul de măsuri ce pot fi luate de operatorii economici, rezultă în mod clar expres și neechivoc că unele dintre măsuri nu ar putea fi luate decât anterior emiterii deciziei autorității contractante.

În concret, raportat la specificul fiecărei situații în parte, dar și la prevederile legale incidente specifice altor domenii de drept (e.g., legislația muncii, legislația concurențială) măsurile efectiv implementate în baza art. 171 alin. (3) pot să difere sau să poată fi implementate doar în anumite intervale de timp sau doar în anumite situații premise, cum ar fi:

(i) „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”

Acest tip de măsură ar putea fi luată, în funcție de circumstanțele cauzei, după emiterea unei decizii de sancționare dar și anterior unei asemenea decizii (spre exemplu în cazul recunoașterii faptei și individualizării unui prejudiciu care ar putea fi cunoscut anterior emiterii deciziei).

În acest sens, chiar în cuprinsul Comunicării CE, Comisia Europeană instrucează autoritățile contractante, pe de o parte, în sensul că măsurile de demonstrarea credibilității diferă de la caz la caz (implicând astfel și varietatea temporală a măsurilor), iar, pe de altă

parte, în ceea ce privește măsura concretă analizată la acest punct, notează că „de exemplu, operatorul trebuie să demonstreze că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație pentru comportamentul său ilegal numai în cazul în care există o plângere împotriva sa” (N.n. Subl.n)

Prin urmare, nici măcar în cazul acestui tip de măsură reglementată de art. 171 alin. (3) nu se poate reține că ar putea fi implementată, respectiv recunoscută de autoritățile contractante, doar după data emiterii unei decizii de sancționare, din moment ce nu poate fi exclusă situația în care o plângere împotriva operatorului economic cu privire la prejudiciile invocate a fi fost cauzate prin fapta ilicită să fie inițiată anterior emiterii unei decizii de sancționare.

(ii) „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”

Ne întrebăm cum ar putea un operator economic să coopereze activ cu autoritățile care efectuează investigația după emiterea deciziei de sancționare? Răspunsul este clar: o asemenea măsură de demonstrare a credibilității nu poate fi luată decât pe durata investigației, respectiv anterior emiterii deciziei de sancționare.

De altfel, după cum am adus la cunoștința autorității contractante și vom arăta în detaliu și mai jos, cooperarea subscrisei cu autoritatea de concurență pe parcursul derulării investigației este consemnată chiar în cuprinsul Deciziei Consiliului Concurenței, fiind evident că această măsură nu poate fi decât anterioară emiterii acesteia.

O interpretare contrară ar conduce la concluzia că această măsură ar fi inaplicabilă.

(iii) „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.”

Cu privire la acest tip de măsură, notăm, pe de o parte că prevederile imperative, speciale și de strictă interpretare ale art. 171 alin. (3) nu prevăd nici o limită temporală pentru adoptarea unei asemenea măsuri.

Mai mult, în materia specifică a dreptului concurenței, prin Opinia Comună, autoritățile de reglementare în materia achizițiilor publice și concurenței, respectiv ANAP și Consiliul Concurenței, consiliază autoritățile contractante în sensul că „operatorul economic poate furniza și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență și să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor”. (N.n. Subl.n)

Or, în cazul concret al subscrisei, implementarea unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență s-a realizat pe parcursul derulării investigațiilor și a fost analizată și confirmată de către Consiliu.

Această situație este frecventă în practică, după cum rezultă din Lista actualizată a operatorilor economici care au fost implicați în investigații privind trucarea de licitații , publicată de Consiliu, în continuarea demersurilor inițiate prin Opinia Comună și „pentru a veni în sprijinul autorităților/entităților contractante care fac evaluarea”. Se poate lesne observa că, în cuprinsul acestei liste publicate pentru a veni în sprijinul autorităților contractante care fac evaluarea măsurilor demonstrarea credibilității, Consiliul menționează, pentru fiecare operator sancționat în parte, dacă acesta a aplicat sau nu un program de conformare.

Având în vedere că, potrivit prevederilor Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență „Consiliul Concurenței nu va evalua programele individuale de conformare ale întreprinderilor în afara unei investigații” este evident că autoritățile contractante sunt instruite să ia în considerare și programele de conformare cu legislația concurențială implementate de operatorii economici sancționați anterior emiterii deciziei de sancționare, programe care au fost evaluate de către Consiliu pe parcursul investigației și reținute ca fiind conforme în cuprinsul deciziei de sancționare.

Așadar în mod netemeinic autoritatea contractantă a înlăturat aceste măsuri luate de ofertanta contestatoare din cadrul măsurilor luate în considerare pentru evaluarea credibilității SRL, fără a motiva în concret această decizie, limitându-se doar la a consemna că „eventualele documente de natură să dovedească credibilitatea ofertantului SRL ar fi trebuit să fie ulterioare deciziei de sancționare” și că acestea „nu reprezintă măsuri suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității având în vedere că sunt anterioare emiterii deciziei prin care ați fost sancționat.”

Se observă, așadar, că măsurile prezentate de ofertantă pentru dovedirea credibilității sale nu au mai avut nicio relevanță pentru achiziție și nu au mai fost analizate, apreciat a fi relevant faptul că respectivele măsuri sunt anterioare emiterii deciziei prin care Consiliul Concurenței a sancționat oferta SRL.

O astfel de apreciere a organizatoarei procedurii nu poate fi considerată conformă prevederilor legale mai sus amintite și nu poate constitui un motiv de neluare în considerare a unor măsuri prezentate de contestatoare pentru dovedirea credibilității sale.

Or, sub acest aspect, este important de menționat că oferta contestatoare, așa cum a precizat și în răspunsul furnizat la solicitarea adresată de achiziție, a comunicat următoarele măsuri de demonstrare în concret a credibilității luate, mai exact:

Indiferent de poziția noastră procesuală față de Decizia Consiliului Concurenței, arătăm că subscrisa am luat măsuri adecvate și suficiente de demonstrare în concret a credibilității noastre, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, subscrisa am luat prompt aceste măsuri, **chiar anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței**, în scopul de a elimina orice risc referitor la încălcarea legislației comerciale sau afectarea credibilității noastre.

În concret, arătăm că Subscrisa am elaborat și implementat măsuri de consolidare a credibilității noastre conform art. 171 alin. (1-3) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare inclusiv, după cum urmează:

1) Pe parcursul investigației, Subscrisa am colaborat cu inspectorii de concurență, am furnizat toate informațiile solicitate și am clarificat solicitările acestora, cu respectarea obligațiilor noastre legale.

2) **De asemenea, Subscrisa am implementat un Program de conformare cu legislația concurențială, atât la nivel intern cât și în relația cu partenerii noștri comerciali, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului.**

În acest sens:

(i) **Am elaborat un Ghid de conformare cu legislația concurențială care a fost comunicat angajaților în data de 15 iunie 2023;**

(ii) **Am organizat sesiuni de training de către experți în domeniul dreptului concurenței, atât pentru personalul propriu, cât și pentru partenerii contractuali.**

Aceste sesiuni de training s-au realizat în perioada 19 decembrie 2022 - 22 februarie 2023;

(iii) **Anumiți angajați ai societății au participat la sesiuni de training privind respectarea regulilor de concurență, sesiuni de training efectuate de către alți parteneri externi ai societății;**

(iv) **Managementul companiei a participat la sesiuni de training efectuate de Grupul ... AG din care face parte Societatea pe parcursul anilor 2021- 2022;**

(v) **Avem implementat la nivelul societatii si la nivel de Grup, un Cod de conduita care a fost adus la cunostinta salariaților si salariații sunt instruiți periodic cu privire la continutul acestuia, Cod de conduita care reglementează inclusiv regulile de concurenta si prin care este exprimată poziția, clară, fermă, publică a societatii în sensul respectării normelor de concurență ;**

Aceste măsuri au fost analizate inclusiv de Consiliul Concurenței și reținute de acesta ca și circumstanțe atenuante la individualizarea sancțiunii prevăzute în Decizia Consiliului Concurenței și sunt prezentate în Anexele nr. 4, 5 și 6 la prezentul răspuns.

(vi) Exista la nivel de .., o procedura de Sistem intern de control in vigoare de la 01.01.2021 (procedura avand denumirea societatii de la data aprobariiei, respectiv ... intre timp societatea schimbându-si denumirea in ... AG), aplicabila tuturor entitatilor ... deci si SRL care are ca scop monitorizarea si realizarea de controale si audituri interne, realizarea obiectivelor și politicilor corporative, contribuind astfel la îmbunătățirea sigură și durabilă a valorii corporative, la respectarea legilor si reglementarilor interne ale societatii si la eliminarea si reducerea riscurilor asociate derulării activității Societății.

(vii) De asemenea, ulterior primirii Deciziei CC, în vederea conștientizării și prevenirii oricărei situații de acest gen, managementul Societății a emis Decizia Consiliului de Administrație din data de 20 iulie 2023 prin care a stabilit reguli clare de urmat în materia concurenței și sancțiunile aplicabile în caz de nerespectare a acestor reguli, decizie comunicată în data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societății;

(viii) A fost actualizat și comunicat angajaților Societății, **Regulamentul de ordine Interioara** al Societății cu reguli clare privind respectarea regulilor de concurență, fiind considerată abatere disciplinară încălcarea oricărei reguli de concurență de către angajații societății, regulament comunicat în data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societății; Atașam în acest sens, documentele respective și procesele verbale de instruire a salariaților;

(ix) În conformitate cu cele dispuse prin Decizia Consiliului de Administrație din data de 20 iulie 2023, am recomunicat **Ghidul de conformare cu legislația concurențială tuturor angajaților Societății în data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societății**; Atașam în acest sens, documentele respective și procesele verbale de instruire a salariaților;

(...).

În contextul celor arătate, motivul expus de autoritatea contractantă raportat la art. 171 alin. (3²) din lege potrivit căruia 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**, nu poate fi considerat relevant și suficient pentru a atrage excluderea ofertantei din procedură.

Nici din *Procesul-verbal nr. 10958/18.09.2023 privind evaluarea informațiilor din DUA nr. 2* și nici din punctul de vedere nu rezultă care au fost **motivele concrete** pentru care documentele depuse de ofertantă pentru dovedirea credibilității sale nu au fost considerate suficiente (program de conformare cu legislația concurențială, ghid de conformare cu legislația concurențială, cod de conduita, sistemul intern de control în vigoare de la 01.01.2021, sesiuni de training de către experți în domeniul dreptului concurenței, atât pentru personalul propriu, cât și pentru partenerii contractuali, etc.), cu atât mai mult cu cât posibilitatea dovedirii credibilității este stabilită expres de legiuitor.

Este important de precizat faptul că, așa cum a comunicat contestatoarea achizitoarei, în răspunsul furnizat, Consiliul Concurenței a analizat măsurile dispuse de SRL și a reținut ca și circumstanțe atenuante la individualizarea sancțiunii: „aplicarea unui program de

asigurare a conformității cu legislația din domeniul concurenței"și "promovarea regulilor de concurență la nivelul partenerilor comerciali ai societății", diminuând amenda cu 15% pentru aceste circumstanțe.

Cu alte cuvinte, Consiliul Concurenței prin reținerea programului de conformare, a confirmat faptul că ofertanta contestatoare a creat un climat de respectare a normelor de concurență, atât prin elaborarea și diseminarea de materiale informative care să creeze o cultură a conformității, cât și prin crearea mecanismelor operaționale adecvate pentru audit, avertizare, consiliere și responsabilizare.

Așa cum a fost anterior menționat, aceste aspecte rezultă din Secțiunea 9.3.2.1 paragrafele 375-376 din Decizia nr. .../2023 (pag 111 și 112 din Decizie).

În considerarea celor antementionate sunt judicioase argumentele aduse de contestatoarea în favoarea faptului că toate măsurile luate în cadrul programului de conformare cu legislația comercială sunt continue, fiind necesară analizarea acestora cumulativ, indiferent de data de origine - relevantă pentru stabilirea credibilității fiind tocmai implementarea lor continuă și coroborată, astfel că înlăturarea acestor măsuri este netemeinică și din perspectiva faptului că autoritatea contractantă nu a luat în considerare caracterul continuu al respectivelor măsuri, după data emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, mai exact:

În concret, prin avizarea acestui program și prin reținerea acestuia ca circumstanță atenuantă, Consiliul Concurenței a certificat eficiența acestuia în a preveni și limita repetarea unor abateri similare. Mai în detaliu, prin reținerea programului de asigurare a conformității cu legislația în domeniului concurenței ca și circumstanță atenuantă, Consiliul a confirmat îndeplinirea de către acest program a elementelor esențiale ale unui program de conformare definite prin Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență elaborat de Consiliu, după cum urmează:

„Elementele esențiale ale unui program de conformare, care trebuie detaliate prin sesiuni de instruire/evaluare, proceduri și printr-un document (manualul de conformare) disponibil tuturor angajaților și ușor de înțeles - indiferent de formă - sunt următoarele:

- poziția clară, fermă, publică a managementului companiei în sensul respectării normelor de concurență;
- desemnarea uneia sau mai multor persoane responsabile cu programul de conformare al întreprinderii;
- informarea eficientă, instruirea adecvată și măsuri de conștientizare privind necesitatea conformării cu normele de concurență;
- control, audit al conformării și informare promptă privind neconformarea cu normele de concurență;
- crearea unui sistem de monitorizare și evaluare al conformării cu normele de concurență."

(extras din Capitolul 3.2 Cerințe pentru un program eficient de conformare din Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență)

39. Or, din moment ce autoritatea de concurență care a și aplicat sancțiunea ce este calificată de autoritatea contractantă drept abatere profesională gravă a constatat că măsurile dispuse de subscrisa pe perioada investigației, deci anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, se încadrează în categoria circumstanțelor atenuante care justifică diminuarea amenzii, este evident că aceste măsuri sunt relevante pentru stabilirea în concret a credibilității noastre raportat la fapta reținută de Consiliu.

40. Subliniem totodată că programele de conformare cu legislația de concurență nu reprezintă măsuri punctuale, de aplicabilitate unică, ci certifică implementarea unui sistem intern de prevenție, care funcționează în mod continuu, aplicabilitatea acestora fiind continuă.

în acest sens, potrivit Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, aceste programe:

- "au menirea de a crea un climat de respectare al normelor de concurență și de dezvoltare a unor metode proprii identificării și remedierii eventualelor încălcări";

- "permit întreprinderilor să evite încălcarea legislației aplicabile în domeniul concurenței. Aceste programe se bazează atât pe materiale informative menite să creeze și să dezvolte o cultură a conformității (manualul de conformare), cât și pe mecanisme operaționale de alertă - de audit, avertizare, consiliere și responsabilizare - indispensabile pentru implementarea efectivă a unui astfel de program".

Or, din moment ce Consiliul Concurenței care a și aplicat sancțiunea ce este calificată de autoritatea contractantă drept abatere profesională gravă, a constatat că măsurile dispuse de SRL pe perioada investigației, deci anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, se încadrează în categoria circumstanțelor atenuante care justifică diminuarea amenzii, este evident că aceste măsuri sunt relevante pentru stabilirea în concret a credibilității ofertantei raportat la fapta reținută de Consiliu.

Așa cum a precizat contestatoarea, programele de conformare cu legislația de concurență nu reprezintă masuri punctuale, de aplicabilitate unică, ci certifică implementarea unui sistem intern de prevenție, care funcționează în mod continuu, aplicabilitatea acestora fiind continuă.

În acest sens, potrivit Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, aceste programe:

- "au menirea de a crea un climat de respectare al normelor de concurență și de dezvoltare a unor metode proprii identificării și remedierii eventualelor încălcări";

- "permit întreprinderilor să evite încălcarea legislației aplicabile în domeniul concurenței. Aceste programe se bazează atât pe materiale informative menite să creeze și să dezvolte o cultură a conformității (manualul de conformare), cât și pe mecanisme operaționale de alertă - de audit, avertizare, consiliere și responsabilizare - indispensabile pentru implementarea efectivă a unui astfel de program"

Față de aspectele anterior redate rezultă că toate măsurile luate în cadrul programului de conformare cu legislația comercială sunt continue, fiind necesară analizarea acestora cumulativ, indiferent de data de origine - relevantă pentru stabilirea credibilității fiind tocmai implementarea lor continuă și coroborată.

Într-adevăr, cum s-a arătat în repetate rânduri, atât în decizii ale instanțelor de judecată, cât și în adresele depuse în prezenta cauză, emise de Consiliul Concurenței și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, aprecierea mijloacelor de probă adecvate pentru respingerea ofertei și evaluarea măsurilor luate de operatorii economici pentru dovedirea credibilității lor, cad în sarcina autorității contractante, însă, pentru situația de față, motivul invocat de achizitoare nu poate determina luarea măsurii de respingere, referindu-se doar la împrejurarea că măsurile respective sunt anterioare emiterii deciziei prin care Consiliul Concurenței a sancționat ofertanta SRL.

Față de cele mai sus expuse, Consiliul determină că în mod netemeinic autoritatea contractantă nu a luat în considerare, la evaluarea măsurilor luate de către SRL pentru demonstrarea în

concret a credibilității, documentele justificative care atestă măsurile implementate anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței.

Astfel fiind, se constată că motivul de respingere de la pct. 2 din actul de comunicare a fost eronat reținut, autoritatea contractantă urmând a reevalua oferta SRL, cu luarea în considerare a tuturor măsurilor luate de ofertantă anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. .../06.06.2023 (cu alte cuvinte măsuri luate de ofertantă pentru demonstrarea în concret a credibilității, indiferent de data și numărul de înregistrare al documentelor care atestă asemenea măsuri).

Așa cum a fost anterior reținut, autoritatea contractantă a analizat, din perspectiva dispozițiilor art. 171 alin (3) din Legea nr. 98/2016, doar documentele depuse date și înregistrate ulterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023.

Referitor la Adresa nr. 13229/28.08.2023 din care rezulta suspendarea plății amenzii de către Agenția Națională de Administrare Fiscală, achizitoarea a reținut următoarele aspecte: a) Adresa emisă de ANAF înregistrată cu nr. 13229/28.08.2023 prin care se prevede: „ Cererea de suspendare a plății amenzii, în conformitate cu prevederile art. 235 din Legea 207/2015 privind Codul de procedură fiscal, vă comunicăm faptul că s-a procedat la suspendarea obligațiilor fiscale stabilite prin Decizia nr. ... din 06.06.2023, în cuantum de 16.023.559 lei, emisă de Consiliul Concurenței" **nu echivalează cu o dovadă a efectuării plății sau a asumării de către acesta a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului concurenței nr. ... din 06.06.2023, așa cum prevede art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98 2016 privind achizițiile publice,**

Referitor la Cererea de chemare în judecată în dosarul nr. .../ 2/ 2023 și certificatul de grefa eliberat la data de 21.07.2023 achizitoarea a reținut următoarele aspecte: nu reprezintă dovezi care să vizeze efectuarea plății sau asumarea obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului concurenței nr. ... din 06.06.2023. așa cum prevede art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98 2016 privind achizițiile publice. Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 poate fi anulată printr-o hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, dar până la o eventuală astfel de hotărâre, decizia anterior menționată este un act juridic de natură să își producă efectele fără să aibă relevanță (în ceea ce privește credibilitatea dumneavoastră), suspendarea de către ANAF a plății amenzii. Constatările Consiliului Concurenței sunt grave și autoritatea contractantă nu se poate substitui unei instanțe judecătorești.

Sunt adevărate susținerile autorității contractante, potrivit cărora *Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 poate fi anulată printr-o hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, dar până la o eventuală astfel de hotărâre, decizia anterior menționată este un act juridic de natură să își producă efectele și constatările Consiliului Concurenței sunt grave și autoritatea contractantă nu se poate substitui unei instanțe judecătorești, însă se au în vedere dispozițiile art. 171 alin. (3) din legea nr. 98/2016, care prevăd: 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 (...).*"

Atâta vreme cât dispozițiile legale amintite fac referire, pe lângă efectuarea de către operatorul economic a plății și 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 (...), astfel că neluarea în considerare a măsurilor de restabilire în concret a credibilității privind *„efectuarea plății sau asumării obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin fapta reținută prin Decizia Consiliului Concurenței”* nu este judicioasă.

Așa cum a fost mai sus redat, contestatoarea SRL în cuprinsul răspunsului furnizat la solicitarea adresată a precizat următoarele vizavi de plata amenzii stabilită de Consiliul Concurenței, respectiv:

In conformitate cu Adresa emisa de Consiliul Concurenței sub nr. RG/10164/02.08.2023 (Anexa 9), Consiliul Concurenței, precizează ca:

„De asemenea, în ceea ce privește măsurile concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal pentru prevenirea săvârșirii de noi încălcări, pot exista cazuri în care luarea de măsuri numai cu privire la personal poate fi suficientă pentru a convinge autoritatea contractantă de fiabilitatea operatorului, fără a fi nevoie să se ia alte măsuri tehnice sau organizatorice. „

1) Totodată, subscrisa ne angajăm să plătim amenda, în situația menținerii de către instanța de judecată a Deciziei Consiliului Concurenței și cu respectarea dreptului nostru la apărare. La data curentă, ca urmare a demersurilor legale întreprinse de subscrisa la Agenția Națională de Administrare Fiscală în conformitate cu prevederile din Codul de Procedură Fiscală, Agenția Națională de Administrare Fiscală a dispus suspendarea plății amenzii de către subscrisa până la soluționarea de către instanța de judecată a cererii noastre de anulare formulată împotriva Deciziei CC. Atașăm în acest sens, Adresa nr. 13229/28.08.2023 din care rezultă suspendarea plății amenzii de către Agenția Națională de Administrare Fiscală (Anexa 10).

2) Mai mult, prin Adresa emisa de Consiliul Concurenței sub nr. RG/10164/02.08.2023, Consiliul concurenței se precizează clar ca efectuarea plății sau asumarea acestei plăți (în cazul nostru amenda) ar trebui achitată "numai în cazul în care există o plângere împotriva sa", or împotriva subscrisei nu există nicio plângere formulată în acest sens și precizăm că nu au fost invocate sau pretinse eventuale prejudicii care să fi fost cauzate de faptele reținute în Decizia Consiliului Concurenței drept pretins comportament neconcurențial.

3) Nu în ultimul rând arătăm că, subscrisa nu am mai fost sancționată pentru asemenea fapte și suntem un operator economic cu o experiență bogată și credibilitate necontestată în domeniul contractelor de achiziție, fiind unul dintre principalii integratori care activează pe piața IT din România.

În conformitate cu Adresa emisa de Consiliul Concurenței sub nr. RG/10164/02.08.2023, prin care Consiliul Concurenței, se precizează ca:

„Evaluarea dovezilor prezentate de un ofertant sancționat printr-o decizie a autorității 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.

În acest sens, atașăm, în Anexa 7 la prezenta, o prezentare a principalelor referințe și recomandări primite din partea clienților din care rezultă buna implementare a contractelor de achiziție publică în ultimii 3 ani.

Dispozițiile art. 171 alin. (3), teza 1, stabilesc atitudinea operatorului economic sancționat cu privire la *„eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită”*, față de care

acesta poate lua măsura de efectuare a plății sau de asumare a obligației de plată a potențialelor despăgubiri, mai exact:

(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.

Un prim aspect care trebuie punctat este acela că nu a fost formulată nici o plângere împotriva SRL cu privire la potențiale prejudicii care ar fi fost cauzate prin fapta care a stat la baza emiterii Deciziei Consiliului Concurenței. Prin urmare, această măsură de demonstrare a credibilității nu este aplicabilă situației specifice a contestatoarei, astfel încât este netemeinică reținerea de către autoritatea contractantă a neîndeplinirii acestei măsuri de demonstrare a credibilității subscrisei.

În ceea ce privește pretinsa lipsă de asumare de către SRL a plății amenzii stabilite prin Decizia Consiliului Concurenței, așa cum a precizat contestatoarea SRL în cuprinsul răspunsului furnizat la solicitarea adresată, ofertanta a solicitat suspendarea plății amenzii, în conformitate cu prevederile art. 235 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de Procedură Fiscală, cererea fiind aprobată de către organul de executare, după cum rezultă din adresa emisă de ANAF cu nr. 13229/28.08.2023. Totodată contestatoarea a făcut dovada formulării unei cereri de anulare a Deciziei Consiliului Concurenței, respectiv a adus la cunoștința autorității contractante faptul că și-a manifestat dreptul legitim la apărare de a contesta actul administrativ prin care s-a impus amenda în sarcina acesteia.

Achizitoarea a susținut prin intermediul Notelor scrise nr. 12840/16.10.2023, înregistrate la Consiliu sub nr. 56757/17.10.2023, următoarele:

Atât prin Decizia nr. 10957/18.09.2023, cât și prin comunicarea expunerii de motive care au condus la luarea deciziei prin adresa înregistrată sub nr. 11047/18.09.2023, s-a precizat că Decizia Consiliului Concurenței nr. ... din 06.06.2023 poate fi anulată printr-o hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, dar până la o eventuală astfel de hotărâre, decizia anterior menționată este un act juridic de natură să își producă efectele fără să aibă relevanță (în ceea ce privește credibilitatea ofertantului), suspendarea de către ANAF a plății amenzii. Constatările Consiliului Concurenței sunt grave și autoritatea contractantă nu se poate substitui unei instanțe judecătorești.

Raționamentul conturat de autoarea contestației în favoarea faptului că măsurile întreprinse vizavi de depunerea unei solicitări de suspendare a executării obligații de plată stabilită prin Decizia Consiliului

Concurenței nr. .../06.06.2023, susținută prin constituirea de instrumente de garantare apreciate ca fiind suficiente și adecvate de către organul de specialitate în materie de executare silită fiscală, respectiv ANAF, se impune a fi recunoscută drept asumare a obligației de plată a amenzii dispuse prin Decizia Consiliului Concurenței, se bazează pe următoarele:

"Or, potrivit art. 235 alin. (1) din Legea nr. 207/2015 privind Codul de Procedură Fiscală:

„Art. 235: Suspendarea executării silite în cazul depunerii unei scrisori de garanție/poliță de asigurare de garanție

(1) în cazul contestațiilor formulate împotriva actelor administrative fiscale prin care se stabilesc creanțe fiscale, potrivit prezentului cod, inclusiv pe timpul soluționării acțiunii în contencios administrativ, executarea silită se suspendă sau nu începe pentru obligațiile fiscale contestate dacă debitorul depune la organul fiscal competent o scrisoare de garanție/poliță de asigurare de garanție la nivelul obligațiilor fiscale contestate și neachitate la data depunerii garanției. Valabilitatea scrisorii de garanție/poliței de asigurare de garanție trebuie să fie de minimum 6 luni de la data emiterii."

Totodată, potrivit alin. (6) al aceluiași articol, „pe toată perioada suspendării executării silite potrivit art. 233 alin. (21) și prezentului articol, pentru creanțele fiscale ce fac obiectul suspendării, organul fiscal nu emite și nu comunică decizii referitoare la obligațiile fiscale accesorii."

Prin urmare subscrisa ne-am manifestat un drept recunoscut de lege și care este compatibil cu principiul respectării dreptului la apărare, solicitând suspendarea executării obligației de plată până la soluționarea definitivă a cererii de anulare formulate împotriva Deciziei Consiliului Concurenței, depunând în acest sens instrumente de garantare a îndeplinirii obligației noastre de plată pentru situația în care cererea noastră de anulare ar fi respinsă.

Or, un asemenea demers se impune a fi calificat drept asumare de către subscrisa a obligației de plată a amenzii, interpretarea dată de către autoritatea contractantă încălcând flagrant principiul proporționalității precum și scopul urmărit de legiuitor prin instituirea acestei măsuri de restabilire a credibilității.

Toate condițiile legale pentru asumarea obligației de plată a amenzii au fost verificate de către organul de executare silită competent și aprobate ca atare de acesta prin intermediul adresei ANAF nr. 13229/28.08.2023.

În raport de cele anterior reținute, simpla declarare privind pretinsa insuficiență a măsurilor întreprinse de SRL nu poate constitui o justificare temeinică a deciziei de înlăturare a acestei măsuri luate de ofertantă, criticile formulate de contestatoarea sub aspectul analozat fiind întemeiate.

Un alt motiv reținut de autoritatea contractantă, în decizia de excludere a ofertantei SRL l-a constituit următorul:

Comisia constată că operatorul economic prin toate celelalte acte depuse nu a dovedit nici asumarea obligației de plată, **nici clarificarea în mod concret a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă fapta pentru care a fost sancționat; nu a dovedit eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător; nu a implementat sisteme de control și raportare; nu a înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme.**

Astfel argumentul adus de achizitoare în favoarea deciziei de respingere sub acest aspect se bazează pe faptul că ofertanta nu a făcut *dovada că ar fi inițiat minime demersuri pentru a identifica eventuali*

salariați a căror conduită nu este corespunzătoare raportat la legislația care guvernează achizițiile publice, nu a dovedit eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, nu a implementat sisteme de control și raportare, nu a înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme astfel că în mod corect comisia de evaluare a apreciat că operatorul economic nu a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea în sensul art. 171 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În continuare achizițtoarea, prin membrii comisiei de evaluare a reținut următoarele :

In materie de personal rezultă că ofertantul a depus:

- Decizia Consiliului de Administrație al S.R.L din data de 20.07.2023 prin care se instituie norme cu caracter general, care nu sunt de natură să îi demonstreze credibilitatea, precum: „...obligația salariaților de a respecta legislația în vigoare în materia concurenței.. ”; „....să respecte prevederile din Prima hotărâre și să participe la sesiuni de instruire/training de fiecare data când aceste sesiuni de instruire/training sunt realizate de către Societate”, „Nerespectarea de către angajați a prevederilor din Prima și respectiv din cea de-a doua Hotărâre constituie abatere disciplinară și se sancționează conform prevederilor din Codul muncii”;

- Versiunea 17.0 din 20.07.2023 a Regulamentului de Ordine Interioară S.R.L., care cuprinde o serie de , formulare de luare la cunoștință a reglementărilor Regulamentului Intern al SRL" din 21.07.2023 și un print screen - email (din data de 21.07.2023) în cuprinsul căruia se precizează că: „Vă transmit atașat Ghidul detaliat de conformare cu legislația concurențială, ca parte a procesului nostru intern/continuu de instruire și respectare a regulilor de concurență... Vă solicităm ca în activitatea voastră curentă să respectați aceste reguli și principii din Ghid vă rog să găsiți atașat versiunea actualizată a Regulamentului de Ordine Interioară al Fiecare angajator are obligația să cunoască și să respecte Regulamentul Intern. ROI- ul este accesibil angajaților pe email sau accesând link-ul....Am rugămintea de a semna cele 2 formulare/PV de comunicare și instruire, pe care le regăsiți în atașament și să le trimiteți scanate”,

dar ofertantul nu a făcut dovada că ar fi inițiat minime demersuri pentru a identifica eventuali salariați a căror conduită nu este corespunzătoare raportat la legislația care guvernează achizițiile publice.

Se vor reține și argumentele aduse de contestatoare, în replică la motivul reținut de membrii comisiei, respectiv:

În primul rând, sancțiunea dispusă prin Decizia Consiliului Concurenței privește o pretinsă faptă neconcurențială, prin raportare la prevederile Legii nr. 21/1996 a concurenței. In concret, Consiliul Concurenței a constatat încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 21/1996 a concurenței.

Din nicio dispoziție a Deciziei Consiliului Concurenței nu rezultă încălcarea de către subscrisa a legislației care guvernează achizițiile publice. De altfel o asemenea încălcare nici nu ar putea fi susținută în condițiile în care fapta pretins neconcurențială privește pretinsa reținere a subscrisei de a participa la o procedură de achiziție publică. Evident, în lipsa oricărui act de participare la procedura de achiziție publică nu poate fi reținută nici încălcarea vreunei dispoziții din legislația specială în materia achizițiilor publice.

Prin urmare, având în vedere că măsurile de restabilire în concret a credibilității reglementate de art. 171 din Legea nr. 98/2016 sunt raportate la abaterea profesională concretă care este invocată drept motiv de excludere din procedură, solicitarea autorității contractante de a prezenta măsuri pentru demonstrarea credibilității raportat la legislația care guvernează achizițiile publice este disproporționată și excede limitele dreptului său legitim de apreciere.

În al doilea rând, chiar dacă am admite, în scop pur argumentativ, că abaterea de la legislația concurențială invocată de Consiliul Concurenței în decizia sa consemnează și un comportament necorespunzător prin raportare la legislația achizițiilor publice (prin corelarea comportamentului pretins necorespunzător cu o procedură de achiziție publică), arătăm că, în cadrul actului de sancționare - după cum este de notorietate în cazul unor asemenea acte - sunt menționate persoanele al căror comportament a fost apreciat necorespunzător de către Consiliul Concurenței, prin raportare la legislația în materia concurenței. Prin urmare, nu era necesară inițierea de către subscrisa a unor „minime demersuri” pentru a identifica eventuali salariați al căror comportament a condus la pretinsa abatere profesională gravă.

Așa cum a fost mai sus redat, contestatoarea SRL în cuprinsul răspunsului furnizat la solicitarea adresată, a precizat următoarele aspecte vizavi de măsurile întreprinse în materie de personal, respectiv:

3.2. Măsurile de demonstrare în concret a credibilității luate de subscrisa

Indiferent de poziția noastră procesuală față de Decizia Consiliului Concurenței, arătăm că subscrisa am luat măsuri adecvate și suficiente de demonstrare în concret a credibilității noastre, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, subscrisa am luat prompt aceste măsuri, chiar anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, în scopul de a elimina orice risc referitor la încălcarea legislației comerciale sau afectarea credibilității noastre.

În concret, arătăm că Subscrisa am elaborat și implementat măsuri de consolidare a credibilității noastre conform art. 171 alin. (1-3) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare inclusiv, după cum urmează:

1) Pe parcursul investigației, Subscrisa am colaborat cu inspectorii de concurență, am furnizat toate informațiile solicitate și am clarificat solicitările acestora, cu respectarea obligațiilor noastre legale.

2) De asemenea, Subscrisa am implementat un Program de conformare cu legislația concurențială, atât la nivel intern cât și în relația cu partenerii noștri comerciali, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului, în acest sens:

(i) Am elaborat un Ghid de conformare cu legislația concurențială care a fost comunicat angajaților în data de 15 iunie 2023;

(ii) Am organizat sesiuni de training de către experți în domeniul dreptului concurenței, atât pentru personalul propriu, cât și pentru partenerii contractuali.

Aceste sesiuni de training s-au realizat în perioada 19 decembrie 2022 - 22 februarie 2023;

(iii) Anumiți angajați ai societății au participat la sesiuni de training privind respectarea regulilor de concurență, sesiuni de training efectuate de către alți parteneri externi ai societății;

(iv) Managementul companiei a participat la sesiuni de training efectuate de Grupul ... AG din care face parte Societatea pe parcursul anilor 2021- 2022;

(v) Avem implementat la nivelul societății și la nivel de Grup, un Cod de conduită care a fost adus la cunostința salariaților și salariații sunt instruiți periodic cu privire la conținutul acestuia, Cod de conduită care reglementează inclusiv regulile de concurență și prin care este exprimată poziția, clară, fermă, publică a societății în sensul respectării normelor de concurență ;

Toate documentele justificative în sensul măsurilor de remediere au fost prezentate autorității contractante.

În cuprinsul actului de comunicare a rezultatului procedurii, precum și în punctul de vedere achizitoarea, prin membrii comisiei nu motivează în concret de ce toate măsurile luate de SRL în materie de personal nu ar fi suficiente, ci doar se limitează la a reține că „nu au fost inițiate minime demersuri pentru a identifica eventualii salariați a căror conduită nu este corespunzătoare raportat la legislația care guvernează achizițiile publice”.

Dacă achizițtoarea era nelămurită de răspunsul furnizat la solicitarea de clarificare cu privire la dispunerea de măsuri în sensul celor reținute în decizia de excludere a ofertantei SRL, nimic nu o împiedică să continue acțiune de clarificare.

În considerarea celor antemenționate sunt și precizările contestatoarei, potrivit cărora: "Fără a aduce atingere dreptului Autorității contractante de a solicita clarificările formale și de confirmare ale unei oferte, având în vedere caracterul extrem al măsurii de excludere din procedura de atribuire, în măsura în care autoritatea contractantă avea dubii concrete cu privire la măsurile dispuse de subscrisa în materie de personal, aceasta ar fi putut solicita clarificări suplimentare subscrisei. Excluderea ofertei noastre fără „minime demersuri” din partea comisiei de evaluare de a clarifica nelămuririle acesteia este disproporționată și nelegală."

Autoritatea contractantă nu justifică, de ce nu a luat în considerare programul de conformare cu legislația concurențială implementat de societatea SRL, program al cărui caracter adecvat a fost reținut de către Consiliul Concurenței în decizia de sancționare, constituind chiar motiv de reducere a amenzii dispuse.

Sunt relevante argumentele aduse de contestatoare în favoarea nelegalității modalității de evaluare de către autoritatea contractantă a măsurilor de restabilire a credibilității luate „cu privire la personal”, potrivit cărora:

În acest context, reiterăm faptul că Subscrisa am implementat, în data de 19 decembrie 2022, un Program de conformare cu legislația concurențială, atât la nivel intern cât și în relația cu partenerii nostri comerciali, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului.

Fără a relua conținutul concret al acestui Program, prezentat autorității contractante și expus în cuprinsul contestației, reiterăm doar că Consiliul Concurenței a analizat măsurile dispuse de subscrisa și a reținut ca și circumstanțe atenuante la individualizarea sancțiunii: „aplicarea unui program de asigurare a conformității cu legislația din domeniul concurenței” și “promovarea regulilor de concurență la nivelul partenerilor comerciali ai societății”, diminuând amenda cu 15% pentru aceste circumstanțe. Acest fapt rezultă din Secțiunea 9.3.2.1 paragrafele 375-376 din Decizia nr. .../2023 (pag 111 și 112 din Decizie).

Totodată, reiterăm și că potrivit Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, aceste programe:

„Elementele esențiale ale unui program de conformare, care trebuie detaliate prin sesiuni de instruire/evaluare, proceduri și printr-un document (manualul de conformare) disponibil tuturor angajaților și ușor de înțeles - indiferent de formă - sunt următoarele:

- poziția clară, fermă, publică a managementului companiei în sensul respectării normelor de concurență;
- desemnarea uneia sau mai multor persoane responsabile cu programul de conformare al întreprinderii;
- informarea eficientă, instruirea adecvată și măsuri de conștientizare privind necesitatea conformării cu normele de concurență;
- control, audit al conformării și informare promptă privind neconformarea cu normele de concurență;
- crearea unui sistem de monitorizare și evaluare al conformării cu normele de concurență."

(extras din Capitolul 3.2 Cerințe pentru un program eficient de conformare din Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență)

Or, din moment ce autoritatea de concurență care a și aplicat sancțiunea ce este calificată de autoritatea contractantă drept abatere profesională gravă a constatat că măsurile dispuse de subscrisa pe perioada investigației, deci anterior emiterii Deciziei Consiliului Concurenței, se încadrează în categoria circumstanțelor atenuante care justifică diminuarea

amenzii, este evident că aceste măsuri sunt relevante pentru stabilirea în concret a credibilității noastre raportat la fapta reținută de Consiliu.

Totodată, toate măsurile luate în cadrul programului de conformare cu legislația comercială sunt continue, fiind necesară analizarea acestora cumulativ, indiferent de data de origine - relevantă pentru stabilirea credibilității fiind tocmai implementarea lor continuă și coroborată. De altfel, tocmai aceasta a confirmat Consiliul Concurenței prin reținerea programului de conformare, respectiv faptul că subscrisa am creat un climat de respectare a normelor de concurență, atât prin elaborarea și diseminarea de materiale informative care să creeze o cultură a conformității, cât și prin crearea mecanismelor operaționale adecvate pentru audit, avertizare, consiliere și responsabilizare.

Nu în ultimul rând, se poate lesne observa din lectura conținutului și rolului Programului de conformare cu legislația concurențială, astfel cum acesta a fost reglementat de către autoritatea de concurență, că aceasta privește chiar implementarea măsurilor care se încadrează în categoria celor reglementate de art. 171 alin. (3) teza 3.

În acest context, arătăm că în mod netemeinic și nelegal autoritatea contractantă a reținut că subscrisa nu am fi adoptat măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, implementarea acestui tip de măsuri fiind confirmată de către Consiliul Concurenței chiar prin decizia de sancționare.

Astfel, contrar celor reținute de autoritatea contractantă, documentele justificative depuse de subscrisa și dateate după data Deciziei Consiliului Concurenței nu reprezintă simple măsuri cu caracter general, că acestea reprezintă o continuare a măsurilor inițiate odată cu Programul de conformare cu legislația concurențială, atestând caracterul continuu al acestuia.

Aceleași concluzii de netemeinicie vor fi reținute de Consiliu și în ceea ce privește motivele reținute de membrii comisiei de evaluare, respectiv că prin toate documentele depuse nu a dovedit asumarea obligației de plată, nu ați dovedit eliminarea eventualelor legături cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, nu ați implementat sisteme de control și raportare, nu ați înființat o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme, printre documentele depuse de SRL, în răspunsul furnizat la solicitarea de clarificare adresată, fiind și procedura de sistem intern de control aplicabilă tuturor entităților

Așa cum a fost mai sus redat, contestatoarea SRL în cuprinsul răspunsului furnizat la solicitarea adresată a precizat următoarele vizavi de măsurile întreprinse în materie de personal, respectiv:

(vi) Exista la nivel de .., o procedura de Sistem intern de control in vigoare de la 01.01.2021 (procedura avand denumirea societatii de la data aprobariei, respectiv . intre timp societatea schimbandu-si denumirea in), aplicabila tuturor entitatilor ... deci si SRL care are ca scop monitorizarea si realizarea de controale si audituri interne, realizarea obiectivelor și politicilor corporative, contribuind astfel la îmbunătățirea sigură și durabilă a valorii corporative, la respectarea legilor și reglementărilor interne ale societatii și la eliminarea și reducerea riscurilor asociate derulării activității Societății.

(vii) De asemenea, ulterior primirii Deciziei CC, în vederea conștientizării și prevenirii oricărei situații de acest gen, managementul Societății a emis Decizia Consiliului de Administrație din data de 20 iulie 2023 prin care a stabilit reguli clare de urmat în materia concurenței și sancțiunile aplicabile în caz de nerespectare a acestor reguli, decizie comunicată în data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societății;

(viii) A fost actualizat și comunicat angajaților Societății, Regulamentul de ordine Interioară al Societății cu reguli clare privind respectarea regulilor de concurență, fiind considerată abatere disciplinară încălcarea oricărei reguli de concurență de către angajații societății, regulament comunicat în data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societății; Așașam în acest sens, documentele respective și procesele verbale de instruire a salariaților;

(ix) În conformitate cu cele dispuse prin Decizia Consiliului de Administrație din data de 20 iulie 2023, am recomunicat Ghidul de conformare cu legislația concurențială tuturor angajaților Societății în data de 21 iulie 2023 tuturor angajaților Societății; Atașam în acest sens, documentele respective și procesele verbale de instruire a salariaților;

Așa cum a fost anterior reținut, Consiliul Concurenței a confirmat, prin reținerea programului de conformare cu legislația concurențială implementat de SRL drept circumstanță atenuantă, îndeplinirea de către acest program a elementelor esențiale ale unui program de conformare definite prin Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență elaborat de Consiliu, printre care și „control, audit al conformării și informare promptă privind neconformarea cu normele de concurență” (extras din Capitolul 3.2 Cerințe pentru un program eficient de conformare).

În considerarea celor antemenționate sunt judicioase precizările contestatoarei, potrivit căroră:

Prin urmare, rezultă că autoritatea contractantă nu a luat în considerare toate măsurile implementate de subscrisa, respectiv a ignorat Programul de conformare cu legislația concurențială - evaluat și acceptat de Consiliul Concurenței ca fiind adecvat - program care demonstrează inclusiv implementarea unui sistem de control, audit și raportare adecvat pentru prevenirea faptelor necurențiale, informarea angajaților și partenerilor contractuali cu privire la politicile concurențiale ale societății precum și evaluarea promptă a măsurilor de evitare angajării societății în orice tip de comportament care ar putea fi considerat necurențial.

Pentru toate cele mai sus expuse, solicităm Consiliului să rețină că motivul de excludere a ofertei subscrisei pentru pretinsa omisiune de a implementa „sisteme de control și raportare” și de a „înființa o structură de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme” a fost reținut fără analizarea în concret a măsurilor dispuse de subscrisa fiind astfel, neîntemeiat și nelegal.

În raport de aspectele mai sus redată se impune reevaluarea ofertantei SRL prin luarea în considerare și analizarea programului de conformare cu legislația concurențială, program care a fost evaluat de autoritatea de concurență și considerat adecvat și care include inclusiv realizarea unui sistem intern de control audit și raportare.

În contextul celor arătate, motivele expuse de autoritatea contractantă raportat la art. 171 alin. (3²) din lege potrivit căroră **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**, nu pot fi considerate relevante și suficiente pentru a atrage excluderea ofertantei din procedură.

Nici din Procesul-verbal nr. 10958/18.09.2023 privind evaluarea informațiilor din DUAE-nr. 2 și nici din punctul de vedere nu rezultă care au fost motivele concrete pentru care documentele depuse de ofertantă pentru dovedirea credibilității SRL nu au fost considerate suficiente (program de conformare cu legislația concurențială, ghid de conformare cu legislația concurențială, cod de conduită, sistemul intern de control în vigoare de la 01.01.2021, sesiuni de training de către

experți în domeniul dreptului concurenței, atât pentru personalul propriu, cât și pentru partenerii contractuali, etc.), cu atât mai mult cu cât posibilitatea dovedirii credibilității este stabilită expres de legiuitor.

Totodată, autoritatea contractantă nu justifică, de ce nu a luat în considerare programul de conformare cu legislația concurențială implementat de societatea SRL, program al cărui caracter adecvat a fost reținut de către Consiliul Concurenței în decizia de sancționare, constituind chiar motiv de reducere a amenzii dispuse.

În considerarea celor antemenționate este relevantă trimiterea la jurisprudența cu valoare de izvor de drept a CJUE invocată de contestatoare, potrivit căreia, desi se recunoaste un drept al autorității contractante de a solicita informații suplimentare celor avute în vedere de autoritatea de concurență pe parcursul investigației, acest drept este limitat strict la măsurile necesare examinării fiabilității operatorului economic si nu poate fi extins astfel încât să confere dreptul autorității contractante de a înlătura constatările efectuate de autoritatea de concurență.

Astfel, în jurisprudența sa cu valoare de izvor de drept, CJUE a statuat că:

„24 Pentru a verifica existența unor motive de excludere, autoritățile contractante pot, în anumite împrejurări, să fie determinate să efectueze investigații si verificări. Astfel, în temeiul articolului 57 alineatul (4) litera (a) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă poate demonstra „prin orice mijloc adecvat” o încălcare a obligațiilor aplicabile în domeniile dreptului mediului, social si al muncii prevăzute de dreptul Uniunii, de dreptul național, de convențiile colective sau de dispozițiile internaționale în materie de dreptul mediului, social si al muncii. De asemenea, potrivit articolului 57 alineatul (4) litera (c) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă poate demonstra „prin mijloace adecvate” că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa. Efectuarea unei verificări de către autoritatea contractantă poate fi de asemenea necesară, de exemplu, pentru a constata existența unuia dintre cazurile de excludere care figurează la articolul 57 alineatul (4) literele (g) si (i) din această directivă.

25 În aceste condiții, în situații precum cea în discuție în litigiul principal, în care există o procedură specifică reglementată de dreptul Uniunii sau de dreptul național pentru a cerceta anumite încălcări si în care organisme specifice sunt însărcinate cu efectuarea de investigații în această privință, în cadrul aprecierii probelor furnizate, autoritatea contractantă trebuie să se întemeieze, în principiu, pe rezultatul unei astfel de proceduri.

26 În acest context, este important să se țină seama de funcțiile respective ale autorităților contractante, pe de o parte, si ale autorităților însărcinate cu o investigație, pe de altă parte. În timp ce acestea din urmă au misiunea de a stabili răspunderea anumitor actori în săvârșirea unei încălcări a unei norme de drept, stabilind cu imparțialitate realitatea faptelor care pot constitui o asemenea încălcare, precum si de a reprima comportamentul culpabil anterior al acestor actori, autoritățile contractante trebuie să aprecieze riscurile care ar putea decurge din atribuirea unui contract unui ofertant a cărui integritate sau fiabilitate este îndoielnică.

(...)

28 Această cooperare cu autoritatea contractantă trebuie să se limiteze însă la măsuri care sunt strict necesare scopului urmărit prin examinarea fiabilității operatorului economic menționat la articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24.

29 Mai precis, într-o situație precum cea în discuție în litigiul principal, ofertantul trebuie în special să dovedească că a clarificat complet faptele si împrejurările înțelegerii la care a participat, cooperând în mod activ cu autoritatea de concurență însărcinată să investigheze astfel de fapte.

30 În această privință, este necesar să se arate că autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să solicite unui operator economic care a fost recunoscut responsabil pentru o

încălcarea a dreptului concurenței să furnizeze decizia autorității de concurență care îl privește. Împrejurarea că transmiterea unui astfel de document ar putea face posibilă deschiderea unei acțiuni în răspundere civilă de către autoritatea contractantă împotriva respectivului operator economic nu este de natură să repună în discuție această constatare. Astfel, trebuie amintit că printre măsurile pe care trebuie să le adopte un operator economic pentru a-și demonstra fiabilitatea figurează furnizarea dovezii că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește orice prejudiciu cauzat prin infracțiune sau prin abaterea pe care a săvârșit-o.

31 În plus, trebuie să se arate că, în principiu, transmiterea către autoritatea contractantă a deciziei prin care se constată încălcarea normelor de concurență săvârșită de ofertant, dar prin care acestuia i se aplică o normă de clemență pentru motivul că a cooperat cu autoritatea de concurență, ar trebui să fie suficientă pentru a dovedi autorității contractante că operatorul economic respectiv a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând cu această autoritate, aspect care trebuie însă verificat de instanța de trimitere.

32 Pe de altă parte, în măsura în care autoritatea contractantă poate de asemenea să solicite operatorului economic să furnizeze dovezi pentru măsurile pe care le-a adoptat și care sunt de natură să împiedice repetarea încălcărilor constatate, trebuie să se arate că autoritatea contractantă poate impune ca operatorul economic respectiv să furnizeze elemente de natură factuală care să permită să se demonstreze că măsurile de care se prevalează sunt în mod efectiv adecvate pentru a evita repetarea comportamentului imputat, ținând seama de împrejurările specifice în care au fost săvârșite respectivele încălcări. Împrejurarea că elementele de probă care trebuie furnizate în această privință de operatorul economic au fost deja solicitate de autoritatea de concurență în cursul investigației sale nu justifică, în sine, ca acesta din urmă să fie scutit de obligația de a furniza autorității contractante respectivele elemente, cu excepția cazului în care faptele sau împrejurările pentru care se solicită astfel dovada rezultă deja suficient de clar din alte documente furnizate de operatorul economic și în special din decizia prin care se constată încălcarea normelor de concurență.

33 Având în vedere considerațiile care precedă, trebuie să se răspundă la prima și la a doua întrebare că articolul ... din Directiva 2014/25 coroborat cu articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că nu se opune unei dispoziții din dreptul național care impune unui operator economic care dorește să își demonstreze fiabilitatea în ciuda existenței unui motiv de excludere relevant să clarifice pe deplin faptele și împrejurările care au legătură cu infracțiunea sau cu abaterea săvârșită, cooperând în mod activ nu numai cu autoritatea însărcinată cu investigația, ci și cu autoritatea contractantă, în cadrul rolului propriu al acestuia din urmă, pentru a aduce dovada restabilirii fiabilității sale, cu condiția ca această cooperare să fie limitată la măsurile strict necesare acestei examinări." (Hotărârea pronunțată în Cauza C-124/17)

Potrivit celor redate, împrejurarea că în decizia de sancționare este consemnat un anumit comportament al operatorului economic care se circumscrie în cadrul măsurilor de restabilire în concret a credibilității obligă autoritatea contractantă să țină cont de această constatare autorității de concurență.

În cazul concret dedus controlului de legalitate al Consiliului, autoritatea contractantă este obligată să țină cont de faptul că în Decizia Consiliului Concurenței se menționează în mod clar expres și neechivoc faptul că ofertanta SRL a colaborat cu autoritatea de concurență pe parcursul investigației, respectiv că a implementat un Program de conformare cu legislația concurențială, program reținut drept circumstanță de diminuare a amenzii.

Totodată, se reține că societății SRL nu i-a fost interzisă participarea la proceduri de atribuire, aceasta depunând ofertă, astfel

cum rezultă, cu titlu de exemplu din Deciziile pronunțate de Consiliu nr.

Față de cele mai sus expuse, Consiliul determină că în mod netemeinic autoritatea contractantă nu a luat în considerare, la evaluarea măsurilor luate de către SRL pentru demonstrarea în concret a credibilității, documentele justificative depuse de ofertantă. Pe cale de consecință se constată temeinicia criticilor aduse de contestatoare vizavi de constatarea faptului că autoritatea contractantă a înlăturat măsurile dispuse în temeiul art 171 alin. (3) teza a-3-a în mod netemeinic, precum și cu încălcarea obligației sale de a justifica motivele care au condus la decizia de excludere.

Referitor la critica adusă vizavi de comunicarea privind rezultatului procedurii sub aspectul neasumării actului de către autoritatea contractantă, Consiliul constată temeinicia acesteia.

În stabilirea acestei finalități se are în vedere faptul că actul nr. 11047/18.09.2023 de comunicare a rezultatului procedurii este semnat exclusiv de membrii comisiei de evaluare.

Consiliul face ape la dispozițiile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 care prevăd:

„Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.”

În mod similar și normele de aplicare H.G. nr. 395/2016 conțin prevederi în acest sens, respectiv potrivit art. 66 alin. (3) și (5) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016:

„(3) Comisia de evaluare are obligația elaborării raportului procedurii de atribuire în conformitate cu art. 216 din Lege, care se aprobă de către conducătorul autorității contractante. (...)

(5) După aprobarea raportului procedurii de atribuire prevăzut la alin. (3), autoritatea contractantă are obligația informării ofertanților cu respectarea prevederilor cap. IV secțiunea a 13-a din Lege.”

Potrivit art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 66 alin. (3) și (5) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, comunicarea privind rezultatul procedurii trebuia să fie asumată de către conducătorul autorității contractante.

Cu ocazia reevaluării ofertantei SRL dispuse, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la emiterea unei comunicări care să respecte dispozițiile legale incidente mai sus amintite.

Fiind constatată excluderea netemeinică a ofertantei SRL, Consiliul va anula această decizie a autorității contractante și, în consecință, decizia de anulare a procedurii de atribuire. Anulează Procesul-verbal nr. 10958/18.09.2023 privind evaluarea informațiilor din DUAE - nr. 2, Raportul procedurii de atribuire nr. 11041/18.09.2023 și comunicarea privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat în termenul legal.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu

Anulează *Procesul-verbal nr. 10958/18.09.2023 privind evaluarea informațiilor din DUAE - nr. 2, Raportul procedurii de atribuire nr. 11041/18.09.2023* și comunicarea privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SRL și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat în termenul legal.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei 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,

..

MEMBRU,

..

MEMBRU,

..

Redactată în 4 exemplare originale, conține 72 (șaptezecișidouă) pagini.