



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8...0745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SRL, în calitate de lider al asocierii SRL – SC ..., având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin avocat, cu sediul procesual ales la cabinetul avocatului din ..., privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "...", cod CPV 45200000-9, organizată de, cu sediul în municipiul, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea deciziei prin care oferta depusă de societatea sa a fost respinsă ca inacceptabilă, anularea raportului procedurii (nr. 12364/01.09.2020) în ceea ce privește decizia de respingere a ofertei sale precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii lui și a actelor subsecvente acestei decizii, inclusiv a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei societății sale în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată în cauză;
- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de contestație.

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 SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

1. Preliminarii. Scurta descriere a stării de fapt

Contestatorul arată că în cadrul evaluării ofertelor, în etapa DUAЕ, i-au fost transmise mai multe solicitări de clarificare din care relevante în soluționarea contestației sunt următoarele:

➤ Solicitarea de clarificări nr. 7725/27.05.2020 prin care la punctul 1 i s-au solicitat următoarele:

"1. În conformitate cu art.1% din Legea 98/2016,alin.1 "(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii "vă solicităm prezentarea Deciziei Consiliului Concurenței nr. .../2019, în întregime".

Contestatorul precizează că prin Decizia Consiliului Concurenței nr. .../2019 societatea ..., membru al asocierii al cărei lider este a fost sancționată pentru încălcarea dispozițiilor art. 5 din Legea 21/1996 privind concurența.

Contestatorul arată că a răspuns solicitării de clarificare transmise de autoritatea contractantă după cum urmează:

"Răspuns pentru punct 1:

Referitor la solicitarea D-voastră de a transmite Decizia nr..../16.12.2019, facem precizarea faptului că până în prezent aceasta nu a fost publicată pe pagina web a Consiliului Concurenței din motive de confidențialitate, urmând ca Consiliul Concurenței să decidă unilateral, varianta finală a deciziei nr..../16.12.2019 pentru publicarea acesteia.

În conformitate cu dispozițiile Legii concurenței nr.20/1996 care statuează:

Art. 62. - (1) Deciziile emise de către Consiliul Concurenței în aplicarea prezentei legi vor fi comunicate părților în cauză de către Consiliul Concurenței și vor fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, pe cheltuiala contravenientului sau a solicitantului, după caz, ori pe pagina de internet a Consiliului Concurenței.

(2) La publicarea deciziilor se va ține seama de interesele legitime ale întreprinderilor în cauză, astfel încât secretul de afaceri să nu fie divulgat. "

până la aprobarea pentru publicare a Deciziei sus menționată, întrucât SC ... nu își poate aroga competențe ce revin doar Consiliului Concurenței, privind distribuirea în întregime a deciziei nr..../16.12.2019, deoarece acest aspect ar însemna încălcarea dispozițiilor legale privind confidențialitatea informațiilor/secretelor de afaceri aparținând societăților la care Decizia sus menționată face referire, putem prezenta autorității contractante doar documentele anexate.

În scopul demonstrării credibilității SC ... vă rugăm să analizați documentele pe care le anexăm prezentei adrese, înregistrate cu nr. 589 din 29.05.2020".

Contestatorul arată că în anexa răspunsului la clarificări au fost anexate următoarele documente:

- Adresa nr. 589/29.05.2020 emisă de ... în care asociatul său prezintă, în detaliu, măsurile implementate la nivelul societății pentru conformarea cu regulile de concurență în acord cu dispozițiile art. 171 alin. 1 și 3 din Legea 98/2016. Contractul încheiat de SC ... cu un avocat specializat pe dreptul concurenței.
- Planul de instruire și formare profesională a salariaților pe anul 2020 și Procesul verbal de instruire din data de 19.12.2020.
- Declarația directorului societății privind implementarea de măsuri cu privire la respectarea regulilor de concurență.
- Modelul de acord de confidențialitate cu privire la respectarea regulilor de concurență
- Manualul de asigurare a respectării dreptului concurenței (document ce constituie anexa la Regulamentul intern al societății)
- Regulamentul intern modificat.

De asemenea, contestatorul arată că în cadrul răspunsului formulat asociatul ... a explicat pe larg eficacitatea măsurilor implementate cu trimitere la jurisprudența europeană și națională în materie.

➤ Subsecvent primirii acestui răspuns, contestatorul arată că autoritatea a revenit cu o nouă Solicitare de clarificări nr. 9195/23.06.2020 prin care i s-au solicitat următoarele:

"Stimate domn/doamnă,

1. *Pentru a clarifica incidența situației de excludere prin raportare la dispozițiile art.171, alin. (5) din Legea 98/2016, vă solicităm să clarificați data până la care a fost săvârșită fapta ce pune sub semnul întrebării reputația profesională a operatorului economic S.C..... Clarificați, astfel, cum rezultă din decizia .../2019 a Consiliului Concurenței, sfârșitul participării în cursul anului 2017 la înțelegerile sancționate.*

2. *Vă rugăm să clarificați dacă în cadrul deciziei .../2019 a Consiliului Concurenței sunt menționate persoane juridice/fizice care au fost prejudiciate prin înțelegerile anticoncurențiale săvârșite și sancționate precum și eventuale prejudicii, daune la care ați putea fi obligat ulterior publicării deciziei.*

3. *Vă rugăm să clarificați, dacă au fost excluse din societate persoanele responsabile cu înțelegerile anticoncurențiale pentru care operatorul a fost sancționat.*

Termen de răspuns: 25.06.2020".

Față de solicitarea de clarificări transmisă, asociatul ... a răspuns prin adresa nr. 705/25.06.2020 după cum urmează:

"1. Așa cum rezultă din Decizia Consiliului Concurenței nr..../2019, data până la care a fost reținută ca fiind săvârșită fapta sancționată prin decizia menționată. este 31.12. 2017.

2. Conform Deciziei nr. .../2019 a Consiliului Concurenței nu au fost prejudiciate persoane fizice sau juridice ca urmare a faptei anticoncurențiale sancționate de Consiliul Concurenței și nu există daune aplicate subscrisei după transmiterea/publicarea deciziei: singura sancțiune aplicată de autoritatea de concurență a fost amenda pecuniară pe care subscrisa și-o însușește și pe care urmează să o achite, la

momentul de față aflându-se în curs de aprobare eşalonare plata ANAF, potrivit înscrisurilor anexate prezentei.

3. Referitor la eliminarea din cadrul societății a persoanelor implicate în comportamentul necorespunzător, vă rugăm să aveți în vedere faptul că dispozițiile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 a achizițiilor publice nu sunt cumulative, ci doar enunțative. În aceste condiții așa cum am menționat în răspunsul nostru anterior

- În vederea prevenirii riscurilor de încălcarea a regulilor de concurență s-a încheiat un contract de colaborare cu un avocat specializat în dreptul concurenței și a fost desemnată o persoană din cadrul societății pentru a se ocupa cu problemele curente de dreptul concurenței.

- salariații societății cu atribuții în comercializarea produselor, a întocmirii documentației în vederea participării la procedurile de achiziție publică, factorii decizionali din departamentul de aprovizionare și tehnic, sunt instruiți periodic în vederea aprofundării și actualizării noțiunilor în dreptul concurenței, prin colaborarea cu avocatul extern specializat în dreptul concurenței.

- s-a dispus conștientizarea tuturor salariaților societății cu privire la respectarea regulilor de concurență prin prelucrarea Politicii de Management în care au fost introduse prevederi legate de aceste reguli, dovada fiind documentul POLITICA MANAGEMENTULUI, aprobată la data de 06.01.2020, afișată în toate locurile de muncă din societate”.

În pofida explicațiilor detaliate transmise prin răspunsurile la clarificări, contestatorul arată că la data de 01.09.2020 autoritatea contractantă i-a comunicat adresa nr. 12367/01.09.2020 prin care l-a înștiințat că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă.

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă își argumentează decizia de respingere a ofertei sale prin următoarele afirmații esențiale:

- Mai întâi, ca și temei de drept, afirmă faptul că oferta a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. 5 din Legea 98/2016 „deoarece nu respectă cerințele de calificare prevăzute în documentația de atribuire”.

- În continuare, comisia de evaluare a analizat răspunsul la clarificări prin prisma dispozițiilor art. 167 din Legea 98/2016 a asociatului ... precum și încadrarea în dispozițiile art 171 alin. 3 din Legea 98/2016 a dovezilor depuse cu privire la îndeplinirea condiției credibilității operatorului economic.

- Concluziile verificărilor efectuate de comisia de evaluare sunt rezumate după cum urmează:

”Comisia de evaluare a reanalizat acest aspect privind credibilitatea operatorului, în baza răspunsului comunicat și s-a ajuns la următoarea concluzie: ofertantul S.C. ... a menționat ca nu s-au stabilit daune/despăgubiri sau persoane prejudiciale prin decizia Consiliului Concurenței în schimb își asumă plata amenzii aplicată, aceasta nefiind plătită până la acest moment. Operatorul economic a cerut eşalonarea plății către ANAF, fără a anexa nici un înscris așa cum este menționat în răspunsul ofertantului.

Clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă contravenția prin cooperare activă cu autoritatea ce a efectuat investigația (Consiliul Concurenței) Comisia constată faptul că operatorul economic a beneficiat de clementa din partea autorității prin reducerea amenzii cu 10% întrucât a colaborat activ furnizorul elemente probatorii ce au adus o contribuție suplimentară semnificativă. Comisia de evaluare apreciază ca acest aspect privind credibilitatea este îndeplinit.

Având în vedere decizia invocată de operatorul economic în cauza C124/17, a CJUE respectiv paragraful (31), comisia de evaluare constată că în decizia mai sus menționată cooperarea cu autoritatea contractantă este condițională de punerea la dispoziție a deciziei de sancționare, decizie ce nu a fost pusă la dispoziția comisiei de evaluare solicitată prin clarificarea nr.7725/27.05.2020.

De asemenea din decizia menționată mai sus C124/17, a CJUH, reiese faptul că demonstrarea în concret a credibilității, trebuie să se facă printr-o cooperare activă nu doar cu autoritatea de investigație ci și cu autoritatea contractantă în ceea ce privește faptele și împrejurările care au legătură cu contravenția săvârșită.

Adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, operațional și în materie de personal, cum ar fi: eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de organizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern...Prin răspunsul său, ofertantul nu a clarificat acest aspect menționând faptul că dispozițiile art. 171, alin.3 nu sunt cumulative ci doar enunțative. Operatorul economic consideră că prin răspunsul său a adus suficiente dovezi privind credibilitatea sa. Prin răspunsul său operatorul economic a reluat prezentarea măsurilor privind organizarea personalului.

În ceea ce privește aplicarea dispozițiilor art. 171 alin. (5) din Legea 98/2016, pentru cazul în care unui operator economic nu i-a fost aplicată măsura interdicției de participare la achiziții publice, situațiile de excludere prevăzute la art. 167, nu se aplică dacă a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Operatorul economic prin răspunsul său a menționat că data ultimei înțelegeri anticoncurențiale a fost 31.12.2017, în concluzie nu beneficiază de impunitatea prevăzută la art. 171, alin.5, lit.b din Legea 98/2016.

În conformitate cu art.171, alin.(3¹) din legea 98/2016, comisia de evaluare evaluează măsurile luate de operatorul economic ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii săvârșite și decide excluderea din procedură pentru următoarele motive:

Măsurile de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare în domeniul legislației concurenței, cooperarea activă cu Consiliul Concurenței, obținerea unei reduceri a amenzii aplicate prin procedura de clemență, respectiv asumarea plății acesteia, nu sunt în măsură să demonstreze credibilitatea operatorului. Comisia de evaluare ține cont de gravitatea și următoarele circumstanțe particulare constatate din documentele depuse:

Încălcarea legislației în domeniul concurenței a fost săvârșită în mod repetat în intervalul anilor 2010-2017.

Operatorul economic a încălcat legislația specifică intervenind în două înțelegeri diferite, de împărțire a pieței achizițiilor publice.

Prin răspunsul său nu s-a clarificat modul prin care au fost eliminate legăturile cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul anticoncurențial, prin urmare măsurile de organizare a personalului luate de operatorul economic nu pot fi analizate ca fiind suficiente și în măsură să împiedice fapte asemănătoare.

Deși cooperează activ cu autoritatea de sancționare prin răspunsurile la clarificări operatorul economic nu cooperează activ cu autoritatea contractantă (comisia de evaluare) pentru a demonstra în concret credibilitatea sa.

În consecință oferta depusă de asocieria SC SRL - lider asociere - ... S.R.L.-asociat 1 - ... S.R.L., este inacceptabilă în conformitate cu art.215,(alin.5) din Legea 98/2016, deoarece nu respectă cerințele de calificare prezentate în documentele achiziției”.

Contestatorul apreciază că decizia adoptată de comisia de evaluare cu privire la oferta societății sale este vădit abuzivă și disproporționată, respectiv netemeinică și nelegală, fiind rezultatul unei interpretări eronate a dispozițiilor art. 167 și 171 din Legea 98/2016 după cum va arăta în continuare.

II. Interesul în promovarea contestației

Contestatorul arată că în conformitate cu dispozițiile art. 8 alin. 1 din Legea 101/2016 *”Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim”.*

În sensul dispozițiilor art. 3 alin. 1 lit. f) din Legea 101/2016, persoana care se consideră vătămată este definită ca orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

În speță, contestatorul menționează că este un operator economic care a depus oferta în cadrul procedurii, iar prin decizia de respingere a ofertei a fost prejudiciat fiind văduvit de șansa de a încheia cu autoritatea contractantă contractul de achiziție publică supus atribuirii.

Față de cele arătate anterior, contestatorul apreciază că vătămarea suferită de societatea sa prin actele emise de autoritatea contractantă este una vădită, sens în care contestația apare ca fiind admisibilă raportat la prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

III. Argumente care justifică admiterea contestației

În primul rând, contestatorul remarcă o vădită inadvertență în cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii sub aspectul temeiului de

drept indicat de autoritatea contractantă. Astfel, deși autoritatea afirmă că oferta societății sale a fost respinsă ca inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerințelor de calificare (în fapt este vorba despre pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 98/2016) autoritatea contractantă face trimitere la dispozițiile art. 215 alin. 5 din Legea nr. 98/2016 care reglementează situațiile în care o ofertă este considerată neconformă.

Trecând peste această inadvertență (care se datorează cel mai probabil unei erori de redactare) din motivarea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, reiese că ceea ce a determinat excluderea ofertei societății sale este încadrarea de către comisia de evaluare a situației operatorului economic ... SRL (față de care a fost emisă Decizia Consiliului Concurenței nr. .../2019) în situația de excludere reglementată de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. c) din Legea nr. 98/2016 conform cărora *"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".

Contestatorul arată că noțiunea de "abatere profesională gravă" este definită de dispozițiile art. 167 alin. 3 din Legea 98/2016 ca fiind *orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.*

După cum reiese deja din cele arătate în secțiunea preliminară, contestatorul precizează că în discuție în prezenta speță este măsura în care autoritatea contractantă putea să aplice măsura excluderii ofertei din procedură, în condițiile dovezilor prezentate de operatorul economic prin răspunsurile la clarificări raportat la dispozițiile art. 171 alin. 1 -3 din Legea 98/2016.

Astfel, contestatorul arată că în conformitate cu dispozițiile art. 171 alin. 1-3 din Legea nr. 98/2016, *"(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”.

Contestatorul arată că aplicabilitatea acestor dispoziții legale la situația operatorilor economici care au fost sancționați prin decizii emise de Consiliul Concurenței a fost subliniată în recent adoptată Opinie comună adoptată de Președinții ANAP și ai Consiliului Concurenței în care s-au statuat, în esență, următoarele aspecte:

”Prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea achizițiilor publice¹, ale art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea achizițiilor sectoriale², precum și prevederile art. 81 alin. (1) lit. c) din Legea concesiunilor³, reglementează obligația autorității/entității contractante de a exclude din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de achiziții sectoriale, a contractelor de concesiuni de lucrări și contractelor de concesiuni de servicii, 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 licitațiilor⁴.

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 excludere⁵.

În acest sens, având în vedere calitatea Consiliului Concurenței de autoritate care efectuează investigația în sensul prevederilor legale menționate mai sus, pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere de la procedura de atribuire, operatorul economic poate furniza autorității/entității contractante, în principiu, decizii emise de Consiliul Concurenței în ultimii 3 ani, prin care se constată aplicarea unui regim sancționator mai favorabil operatorului economic, respectiv ca urmare a aplicării politicii de clemență⁶ și/sau a procedurii de recunoaștere a faptei anticoncurențiale⁷, instrumente aliate la dispoziția Consiliului Concurenței, care presupun cooperarea efectivă a operatorilor economici cu autoritatea de concurență. De asemenea, 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 concurență⁸ și să cuprindă măsuri clare cu

privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor”.

Contestatorul menționează că din cuprinsul acestui script comun elaborat de președinții ANAP și ai Consiliului Concurenței rezultă fără urmă de dubiu faptul că, chiar dacă, de principiu, existența unei sancțiuni în materie de concurență ridică problema incidenței motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. c) din Legea 98/2016, autoritățile contractante sunt obligate să analizeze și să țină cont de dovezile pe care operatorul economic le prezintă în scopul reabilitării sale, respectiv a măsurilor pe care acesta le-a întreprins pe parcursul investigației și ulterior acesteia pentru a se conforma cu regulile de concurență și a evita săvârșirea de abateri similare în viitor.

În speță, contestatorul precizează că deși în cadrul răspunsurilor la solicitările de clarificări, societatea sa a făcut o prezentare detaliată a măsurilor adoptate la nivelul societății pentru demonstrarea credibilității asociatului ... autoritatea contractantă a refuzat să țină cont de ele apreciind, în mod vădit nelegal că ele nu sunt de natură să înlăture incidența motivului de excludere.

În concret, contestatorul arată că reproșurile care i-au fost aduse în adresa de comunicare a rezultatului sunt următoarele:

➤ Mai întâi, s-a reținut faptul că, deși prin răspunsul la solicitarea de clarificări s-a precizat că operatorul economic și-a asumat achitarea amenzii impuse de Consiliul Concurenței prin solicitarea de eşalonare a plății acesteia, operatorul nu a anexat înscrisuri din care să reiasă eşalonarea plății de către ANAF.

Contestatorul arată că motivul pentru care nu a putut proba acest aspect la momentul formulării răspunsului la clarificări este dat de faptul că la acel moment eşalonarea nu fusese încă aprobată de către organul fiscal. În prezent, așa cum reiese din certificatul fiscal anexat, eşalonarea a fost aprobată și societatea sa figurează cu "o" obligații fiscale restante către bugetul de stat.

Contestatorul menționează că chestiunea putea fi foarte ușor lămurită printr-o solicitare de clarificare expresă prin care să i se solicite depunerea dovezii de eşalonare a plății amenzii fără ca prin acest demers să fie nesocotite dispozițiile art. 209 din Legea 98/2016.

➤ În continuare, autoritatea contractantă a reținut faptul că operatorului ... i s-a aplicat o reducere cu 30% a cuantumului amenzii aplicate întrucât acesta a colaborat furnizând elemente probatorii care au adus o contribuție semnificativă. Sub acest aspect comisia de evaluare a apreciat îndeplinită condiția de dovedire a credibilității.

➤ În schimb, în paragraful imediat următor, i s-a reproșat faptul că nu a pus la dispoziția comisiei de evaluare decizia de sancționare emisă de Consiliul Concurenței în integralitatea sa.

Sub acest aspect, contestatorul precizează că a arătat în detaliu, în cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 7725/27.05.2020 rațiunea pentru care societatea sa nu a putut depune Decizia nr. .../2019 în forma sa integrală, această rațiune constând în aceea că la acel moment forma finală a deciziei (în sensul art. 62 din Legea concurenței) nu fusese

finalizată, decizia fiind în curs de anonimizare sub aspectul secretelor comerciale alegate de părțile investigate.

Prin urmare, contestatorul precizează că nu putea în mod legal la acel moment pune la dispoziția comisiei decât documentele legate de investigație care priveau situația societății sale și nu afectau în niciun fel interesele celorlalți operatori economici vizați de investigație.

Între timp, contestatorul arată că Consiliul Concurenței a procedat la publicarea deciziei, aceasta fiind disponibilă pe site-ul oficial al instituției, prin accesarea următorului link: ...

Nu în ultimul rând, contestatorul învederează Consiliului faptul că în speță nu s-a reținut neconcludența acestui răspuns la clarificări, din contră, solicitarea transmisă a fost urmată de încă o solicitare (nr. 9195/23.06.2020) prin care s-au cerut informații punctuale legate de decizia Consiliului, sens în care este evident că autoritatea contractantă nu a fost în niciun fel prejudiciată prin faptul că, la acel moment, nu i s-a pus la dispoziție decizia de sancționare în forma sa integrală.

➤ Referitor la aplicabilitatea situației de excepție prevăzute de art. 171 alin. 5 lit. b) din Legea 98/2016 s-a reținut în mod corect faptul că aceasta nu este incidentă în cauză raportat la faptul că data epuizării faptei reținute în Decizia Consiliului Concurenței a fost cosemnată ca fiind 31.12.2017, dată în raport de care termenul de 3 ani nu a expirat (de altfel societatea sa nu a susținut prin răspunsurile la clarificări incidența acestei situații de excepție).

➤ În fine, sub aspectul măsurilor concrete adoptate de SC ... comisia de evaluare afirmă că acestea nu sunt de natură să demonstreze credibilitatea operatorului economic "ținând cont de gravitatea și următoarele circumstanțe particular reieșite din documentele depuse":

- *Încălcarea legislației în domeniul concurenței a fost săvârșită în mod repetat în intervalul 2010-2017*

- *Operatorul a încălcat legislația intervenind în două înțelegeri diferite de împărțire a pieței achizițiilor publice*

- *Prin răspunsul său nu s-a clarificat modul prin care au fost eliminate legăturile cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul anticoncurențial, prin urmare măsurile de organizare a personalului nu pot fi analizate ca fiind suficiente și în măsură să împiedice fapte asemănătoare*

- *Deși cooperează activ cu autoritatea de sancționare prin răspunsurile la clarificări operatorul economic nu cooperează activ cu autoritatea contractantă (comisia de evaluare) pentru a demonstra în concret credibilitatea sa.*

Contestatorul nu poate fi de acord cu afirmațiile autorității contractante pe care le apreciază drept subiective, tendențioase și în totală contradicție cu litera și spiritul reglementării în materie.

Astfel, contestatorul precizează că chiar dacă, la nivel teoretic, faptele care constituie încălcări ale prevederilor art. 5 din Legea 21/1996 privind concurența, sunt apreciate ca "încălcări grave", din economia dispozițiilor art. 167 și 171 din Legea 98/2016, rezultă că aprecierea gravității așa-ziselor abateri care pot atrage excluderea din procedură trebuie să fie una eminamente concretă și nu una abstractă. În acest sens art. 171 alin. 3¹

din Legea 98 prevede că 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.

Or, În speță, autoritatea de concurență însăși a considerat suficiente măsurile adoptate de SC ... dovadă în acest sens stând faptul că împrejurarea implementării acestor măsuri a fost reținută în Decizia nr. .../2019 cu titlu de circumstanță atenuantă la individualizarea sancțiunii. În acest sens, contestatorul invocă paragraful 777 din decizie unde cu privire la ... se reține că circumstanța atenuantă *"existența și implementarea la nivelul întreprinderii a unui program de conformare cu regulile de concurență conform pct. 18 lit. f) din Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor"*.

În speță, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale citate anterior, făcând o apreciere pur abstractă a faptei reținute în Decizia Consiliului Concurenței. Astfel, aprecierea pretensei gravități a faptei pleacă exclusiv de la încadrarea sa juridică și nu are deloc în vedere circumstanțele concrete reținute de către Consiliul Concurenței în favoarea societăților investigate.

Contestatorul arată că eficiența măsurilor implementate de SC ... fost recunoscută și de Consiliul Concurenței care a acordat SC ... o circumstanță atenuantă pentru implementarea acestor măsuri.

În acest sens Opinia comună a Consiliului Concurenței (anexată) precizează ferm faptul că aplicarea politicii de clemență și/sau recunoașterea faptei anticoncurențiale sunt instrumente aflate la dispoziția Consiliului Concurenței și presupun cooperarea efectivă a operatorului economic cu autoritatea de concurență, la fel și Dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență.

Acest aspect poate fi verificat și în lista operatorilor economici sancționați de Consiliul Concurenței (anexată) în care doar 2 societăți comerciale (una din ele fiind ...) au aplicat și implementat toate măsurile necesare în vederea demonstrării credibilității lor.

Contestatorul precizează că simpla existență a acestei circumstanțe atenuante ridică îndoieli cu privire la legalitatea excluderii ofertei sale din procedură, sistemul fiind implementat tocmai pentru reducerea riscului producerii în viitor a unor situații apte să restrângă concurența, pentru a nu periclita participarea sa ulterioară la proceduri de achiziție publică.

Așadar, pretinsa "gravitate" a faptei nu poate fi dedusă din simpla sa încadrare juridică, ci autoritatea contractantă trebuia să ia în calcul elementele de fapt concrete care o circumscriu și, foarte important, să ia în calcul circumstanțele reținute de Consiliul Concurenței în favoarea societății sale.

Contestatorul arată că în sensul obligativității verificării concrete a circumstanțelor săvârșirii faptei din perspectiva respectării principiului proporționalității sunt și concluziile Avocatului General care într-o speță recentă a recomandat Curții să statueze în sensul că *"revine instanței naționale sarcina de a aprecia situația de fapt din litigiu pentru a*

determina, din perspectiva principiului proporționalității, dacă excluderea ofertantului, dintr-un motiv sau altul, a fost suficient justificată."

Cât privește pretinsa neclarificare a modalității în care au fost eliminate legăturile cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul anticoncurențial, contestatorul arată în primul rând faptul că niciuna dintre solicitările de clarificare primite de societatea sa nu a vizat acest aspect. Astfel, prin solicitarea de clarificări nr. 9195/23.06.2020 contestatorul arată că i s-a solicitat să precizeze dacă au fost excluse din societate "persoanele responsabile cu înțelegerile anticoncurențiale", întrebare la care societatea sa a răspuns arătând faptul că măsurile prevăzute de art. 171 alin. 3 din Legea 98/2016 au caracter enunțiativ și nu cumulativ și a reiterat măsurile adoptate la nivelul personalului, măsuri care fuseseră deja prezentate în răspunsul anterior la solicitarea de clarificări.

Cu privire la caracterul exemplificativ al măsurilor prevăzute de art. 171 alin. 3 din Legea 98/2016, contestatorul arată că acesta rezultă din însăși exprimarea folosită de legiuitor care folosește expresia "cum ar fi" înainte de a exemplifica tipurile de măsuri care pot fi adoptate. Din această sintagmă reiese fără urmă de dubiu faptul că operatorul nu trebuie să adopte toate măsurile enumerate pentru a beneficia de clemența, ci este suficient să adopte acele măsuri care, în concret, raportat la situația societății sunt de natură să prevină eventuale încălcări viitoare în materie de concurență.

În speță, așa cum a arătat în detaliu în răspunsurile la clarificări, SC ...:

- A întocmit un plan de instruire periodică a salariaților cu privire la regulile de dreptul concurenței;
- A implementat un program de analize interne pentru fiecare procedura de atribuire la care participă în vederea încheierii cu partenerii asociați și subcontractanți a unor acorduri care conțin obligații de respectare a regulilor de concurență;
- Și-a modificat regulamentul intern pentru a-l face compatibil cu respectarea regulilor de concurență
- A contractat asistența juridică de specialitate în scopul de a-și conforma întru totul conduita pe piața achizițiilor publice cu regulile de concurență.

Or, atâta timp cât autoritatea cu competențe în materie de concurență a apreciat că aceste măsuri sunt suficiente pentru a demonstra credibilitatea societății, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu putea ignora pur și simplu opinia Consiliului și constată cu de la sine putere că măsurile adoptate nu sunt suficiente.

În acest sens, contestatorul face trimitere la jurisprudența de dată recentă a CNSC (decizia ...), în cadrul căreia s-a subliniat în esență faptul că excluderea ofertei în baza simplei constatări a existenței faptei sancționate de Consiliul Concurenței contravine principiului proporționalității precum și dispozițiilor art. 171 alin. 3 din Legea 98/2016.

În aceeași decizie sunt reținute prevederile considerentului 101 din expunerea de motive a Directivei 2014/24/UE care prevede că "Atunci când

aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității".

Așa fiind, Consiliul reține că *"întrucât autoritatea contractantă s-a limitat să constate doar existența unor astfel de abateri fără să aprecieze în niciun fel credibilitatea societății contestatoare dobândită prin măsurile adoptate conform art. 171 a căror existență este menționată inclusiv în decizia Consiliului Concurenței, (...) Consiliul reține că prin formalismul excesiv demonstrat în etapa de evaluare a documentelor justificative DUAE, autoritatea contractantă a respins în mod abuziv oferta"*.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 12881/14.09.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 39446/15.09.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL.

I. Excepția tardivității formulării contestației:

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire s-a realizat prin publicarea în SEAP a adresei nr. 12367 din data de 01.09.2020.

Contestația ofertantului a fost înregistrată în data de 08.09.2020 rezultând un termen de 7 zile pentru formularea contestației.

Autoritatea contractantă arată că raportat la data publicării anunțului de participare nr. ..., respectiv 25.03.2020, prezenta procedură se supune legislației în vigoare la data anunțului în ceea ce privește termenul de contestației:

LEGE nr. 101 din 19 mai 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

EMITENT: PARLAMENTUL

PUBLICAT ÎN: MONITORUL OFICIAL nr. 393 din 23 mai 2016

Data intrării în vigoare : 26 mai 2016

Forma actualizată valabilă la data de : 26 martie 2020

CAP. III

Contestația formulată pe cale administrativ-jurisdicțională

SECȚIUNEA 1

Termenul de contestare și efectele contestației

ART. 8

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

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștința despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice,

legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Valoarea estimată a achiziției este 13.968.220,91 lei, valoare mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare.

LEGE nr. 98 din 19 mai 2016 privind achizițiile publice

EMITENT: PARLAMENTUL

PUBLICAT ÎN: MONITORUL OFICIAL nr. 3... din 23 mai 2016

Data intrării în vigoare : 26 mai 2016

Forma actualizată valabilă la data de : 26 martie 2020

Prezenta formă actualizată este valabilă de la 12 februarie 2020 până la 6 iulie 2020

ART. 7

(1) Autoritatea contractantă are obligația publicării unui anunț de participare și/sau de atribuire în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la atribuirea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru a căror valoare estimată, fără TVA, este egală sau mai mare decât următoarele praguri valorice:

a) 25.013.925 lei, pentru contractele de achiziție publică/ acordurile-cadru de lucrări;

În consecință, autoritatea contractantă apreciază că termenul de contestație este de 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, termen ce s-a împlinit în data de 07.09.2020 (ziua a 5-a a termenului s-a împlinit într-o zi nelucrătoare).

Față de cele menționate anterior, contestatorul invocă excepția tardivității contestației formulate și respingerea acesteia ca tardiv formulată.

II. În ceea ce privește temeinicia contestației, autoritatea contractantă formulează următoarele apărări:

Contestatorul își motivează contestația apreciind faptul că excluderea sa din procedură s-a făcut într-o manieră abstractă cu nesocotirea dispozițiilor legale.

Autoritatea menționează că comisia de evaluare nu a nesocotit dispozițiile legale, fiind atributul său legal de a analiza circumstanțele și gravitatea faptei precum și eficiența dovezilor pentru reabilitarea operatorului economic. Excluderea operatorului economic s-a realizat pe bază de deducții logice, în legătură cu datele și faptele concrete, cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare.

Astfel, autoritatea arată că argumentul principal al contestatorului cu privire la eficiența și suficiența dovezilor prezentate îl constituie faptul că Consiliul Concurenței a recunoscut eficiența măsurilor implementate de SC ..., acordând acesteia o circumstanță atenuantă. În opinia contestatorului acordarea acestei circumstanțe atenuante face dovada nelegalității excluderii din procedură.

Autoritatea contractantă precizează că instrumentele pe care autoritatea de concurență le poate aplica în cursul unei investigații nu reprezintă o modalitate prin care Consiliul Concurenței ar avea atribuția de

a decide dacă o întreprindere sancționată este sau nu reabilitată. Articolul 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice este destul de clar și arată că autoritățile contractante sunt cele care iau decizii de excludere, iar articolul 172 alin. (2) din aceeași lege prevede că autoritățile contractante sunt cele care, pe baza dovezilor prezentate de către întreprinderi, trebuie să ajungă la concluzia că dovezile furnizate sunt suficiente pentru ca întreprinderile să își demonstreze credibilitate. Legislația nu permite niciunei alte autorități să se substituie autorităților contractante în aprecierea credibilității întreprinderii ofertante.

În sprijinul unei astfel de concluzii, autoritatea contractantă crede că stau și considerentele Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-41/18 (trimitere preliminară cauza ... împotriva Commune di Napoli) unde s-a reținut că puterea de apreciere a autorităților contractante de a exclude un ofertant care se află în una din situațiile de excludere nu ar trebui să fie paralizată de aprecierea pe care o face un terț, precum o instanță de judecată. Încrederea pe care autoritatea contractantă o oferă întreprinderii ofertante se bazează pe fiabilitatea acestuia din urmă, astfel că aprecierea pe care autoritatea contractantă o face cu privire la acest element nu ar trebuie să fie substituită sau paralizată de aprecierea pe care o altă autoritate o realizează.

În activitatea sa, comisia de evaluare este ținută de respectarea principiilor egalității de tratament și proporționalității, efectul acestora în asigurarea securității juridice a procedurii de atribuire fiind influențat în mod direct de evaluarea individuală, ad casum, a ofertanților, prin filtrul documentelor înaintate de către aceștia și, ulterior, clarificate de comisia de evaluare.

În acest sens, se pot reține și expunerile de motive din paragraful (101) al Preambulului Directivei nr. 2014/24/UE, conform căreia: *"Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui"*.

Excluderea ofertantului se încadrează în situația autorității contractante ce nu poate rămâne indiferentă la existența unei hotărâri cu privire la săvârșirea de către ofertant a unor acorduri și practici anticoncurențiale denumite generic „carteluri”. O posibilă indiferență în acest caz, fie ea cauzată de ignoranță, neștiință sau rea-intenție, ar încălca atât principiul legalității actelor administrației publice, cât și principiul precauției administrației publice (extras BO CNSC 2017_2727 pag. 18, 19). Obiectivul regulilor de concurență este acela al bunăstării majorității consumatorilor și al evitării, în subsidiar, ca doar o parte mică a cetățenilor să beneficieze.

Întotdeauna, cartelurile presupun o listă lungă de infracțiuni, practicile anticoncurențiale fiind doar un mijloc de săvârșire a acestora. Practicile anticoncurențiale nu acționează niciodată izolat, ci se înscriu într-un cadru economic mult mai vast, care de multe ori, se transformă sub imperiul câștigului bănesc, într-un cadru infracțional dezvoltat, cu

nenumărate ramificații. De asemenea, prin activitatea lor, cartelurile reprezintă o formă de furt în formă calificată și cauzează pierderi financiare substanțiale bugetelor naționale și comerțului mondial, întinderea pierderilor neputând fi stabilită cu exactitate (este de nivelul bilioanelor de dolari anual, conform O.C.D.E. care apreciază la rândul său că se impune sancționarea penală a acestor activități). - Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors) CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016.

Autoritatea contractantă arată că Decizia Consiliului Concurenței nr. .../2019 publicată ulterior excluderii operatorului economic confirmă gravitatea faptelor săvârșite, efectele asupra economiei și populației prin raportare la sectorul vizat de investigație, creșterea prețurilor, înțelegeri repetate și continue, pe parcursul a 8 ani și 9 luni.

(744) În cazul de față, la evaluarea gravității celor două încălcări s-au luat în considerare mai mulți factori, cum ar fi: natura faptelor săvârșite, dimensiunea și importanța piețelor relevante, creșterea prețurilor impusă de cartel, încadrarea întreprinderilor în categoria întreprinderilor mici.

(745) În cazul investigat, ambele fapte au fost realizate prin schimbul de informații sensibile concurențial și adaptarea comportamentului întreprinderilor în funcție de informațiile primite, în contextul participării la proceduri de achiziție publică și/sau privată de indicatoare rutiere și/sau marcaje rutiere. Prin natura lor, ambele fapte constituie încălcări grave ale Legii, de împărțire a pieței, cu toate acestea, pe parcursul derulării investigației nefiind identificate elemente de natură să releve o organizare a cartelului, în sensul existenței unor mecanisme de verificare reciprocă a membrilor cartelului.

(746) În cazul ambelor încălcări ale Legii, sectorul vizat de investigație prezintă importanță pentru economia și populația țării, având ca obiectiv desfășurarea traficului rutier în condiții de siguranță a circulației. Piața relevantă definită în cazul ambelor încălcări este de dimensiune națională, acoperind tot teritoriul României, având în vedere, în principal, specificul procedurilor de achiziție publică organizate de ... la nivelul DRDP-urilor din subordine.

(747) Atât în cazul primei încălcări, cât și în cazul celei de-a doua încălcări, întreprinderile au depus oferte astfel încât să nu se concureze între ele, ceea ce a condus la atribuirea unor contracte la prețuri mai mari, care nu reflectă rezultatul liberei concurențe, în unele situații, executarea contractelor realizându-se pe perioade de timp mai mari, de până la 2-3 ani, poate chiar mai mari. Prin urmare, cele două încălcări au condus la creșterea prețurilor mijloacelor de semnalizare rutieră.

Întreprinderile ... au realizat o înțelegere și/sau practică concertată unică și continuă de împărțire a pieței, în contextul participării la proceduri de achiziție publică și/sau privată de indicatoare rutiere și/sau lucrări de marcaje rutiere, faptă interzisă de prevederile art. 5 alin. (1) lit. c) din Lege și art. 101 alin. (1) din TFUE, întreprinderile ... fiind implicate în săvârșirea faptei în perioada 2010 - 2017, iar întreprinderea ... în perioada 2014 - 2017;

Întreprinderile ... au realizat o înțelegere și/sau practică concertată unică și continuă de împărțire a pieței, în contextul participării la proceduri

de achiziție publică și/sau privată de indicatoare rutiere, în perioada 2009 – 2016, faptă interzisă de prevederile art. 5 alin. (1) lit. c) din Lege și art. 101 alin. (1) din TFUE;

având în vedere faptul că participarea întreprinderii ... la săvârșirea celor două fapte anticoncurențiale menționate anterior a vizat realizarea aceleiași rezoluții contravenționale, comportamentul adoptat de ... reprezintă o încălcare unică și continuă, săvârșită în perioada 2009 - 2017, rezultată din suprapunerea perioadelor în care au fost săvârșite cele două încălcări.

În aplicarea politicii de clemență, autoritatea contractantă arată că Consiliul Concurenței a avut în vedere următoarele circumstanțe atenuante pentru SC ...:

➤ ...

a) în perioada încălcării cifra de afaceri realizată din comercializarea produselor/serviciilor care constituie obiectul practicii anticoncurențiale reprezintă o parte relativ redusă din cifra de afaceri totală a întreprinderii - pct. 18 lit. c) din Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor - reducerea nivelului de bază cu [...];

b) autorizarea sau încurajarea comportamentului anticoncurențial de autoritățile publice sau legislația existentă - pct. 18 lit. c) din Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor - reducerea nivelului de bază cu [...];

c) existența și implementarea la nivelul întreprinderii a unui program de conformare cu regulile de concurență - pct. 18 lit. f) din Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor - reducerea nivelului de bază cu [...];

Autoritatea contractantă arată că în contestația sa operatorul consideră că existența și implementarea la nivelul întreprinderii a unui program de conformare cu regulile de concurență este în măsură să îi asigure credibilitate, aspect considerat insuficient de comisia de evaluare.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că dovezile pe care operatorul le poate furniza în sensul prevederilor art. 171 alin.(1) se referă la următoarele aspecte:

- 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. Inițial comisia de evaluare nu a analizat acest aspect privind credibilitatea operatorului întrucât nu i s-a pus la dispoziție decizia .../2019 prin care operatorul economic a fost sancționat de Consiliul Concurenței. Prin răspunsul la clarificări operatorul a făcut următoarea clarificare: - *Conform Deciziei nr..../2019 a Consiliului Concurenței nu au fost prejudiciate persoane fizice sau juridice ca urmare a faptei anticoncurențiale sancționată de Consiliul Concurenței și nu există daune aplicate subscrisei după transmiterea/publicarea deciziei; singura sancțiune aplicată de autoritatea concurentă a fost amenda pecuniară pe care subscrisa și-o însușește și pe care urmează să o achite, la momentul de față aflându-se în curs de aprobare eşalonare plată ANAF, potrivit înscrisurilor anexate prezentei.*

În urma publicării Deciziei .../2019, autoritatea menționează că a reușit să obțină informații cu privire la eventuale prejudicii și persoane prejudiciate. În acest sens, autoritatea arată că decizia conține informații cu privire atât la contracte publice (beneficiari publici) cât și contracte cu beneficiari privați încheiate cu încălcarea dispozițiilor legale la prețuri ce nu sunt formate urmare pieței libere. Prin urmare, autoritatea menționează că persoanele prejudiciate ar putea să formuleze cereri de despăgubire față de operatorul ... aspect ce ar putea afecta solvabilitatea operatorului. Acest aspect nu face dovada credibilității ofertantului.

Autoritatea contractantă arată că la finalul anului trecut, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a adus o serie de clarificări cu privire la sfera persoanelor care pot solicita despăgubiri pentru prejudicii rezultate din înțelegeri sau practici anticoncurențiale. Astfel, prin Hotărârea Curții din 12 decembrie 2019 în cauza C-435/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea Supremă din Austria, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că dreptul la despăgubiri nu este rezervat doar persoanelor care acționează în calitate de furnizori sau de cumpărători pe piața afectată de o înțelegere sau o practică anticoncurențială, ci poate fi recunoscut și finanțatorilor acestora.

- Clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă contravenția prin cooperare activă cu autoritatea ce a efectuat investigația (Consiliul Concurenței). Comisia a constatat faptul că operatorul economic a beneficiat de clemență din partea autorității prin reducerea amenzii cu 30% întrucât a colaborat activ furnizând elemente probatorii ce au adus o contribuție suplimentară semnificativă.

Având în vedere decizia invocată de operatorul economic în cauza C124/17, a CJUE respectiv paragraful (31), comisia de evaluare a constatat că în decizia anterior menționată cooperarea cu autoritatea contractantă este condiționată de punerea la dispoziție a deciziei de sancționare, decizie ce nu a fost pusă la dispoziția comisiei de evaluare solicitată prin clarificarea nr.7725/27.05.2020.

De asemenea, din decizia menționată anterior C124/17 a CJUE reiese faptul că demonstrarea în concret a credibilității, trebuie să se facă printr-o cooperare activă nu doar cu autoritatea de investigație ci și cu autoritatea contractantă în ceea ce privește faptele și împrejurările care au legătură cu contravenția săvârșită. Comisia de evaluare a apreciat că nu a existat o colaborare activă cu autoritatea contractantă în măsură să dovedească credibilitatea ofertantului.

- Adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, operațional și în materie de personal, cum ar fi: eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de organizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern.

Referitor la eliminarea din cadrul societății a persoanelor implicate în comportamentul necorespunzător, operatorul a dat următorul răspuns: *vă rugăm să aveți în vedere faptul că dispozițiile art.171, alin.(3) din Legea*

nr.98/2016 a achizițiilor publice nu sunt cumulative, ci doar enunțative. În aceste condiții, așa cum am menționat în răspunsul nostru anterior:

- în vederea prevenirii riscurilor de încălcare a regulilor de concurență s-a încheiat un contract de colaborare cu un avocat specializat în dreptul concurenței și a fost desemnată o persoană din cadrul societății pentru a se ocupa cu problemele curente de dreptul concurenței.

- salariații societății cu atribuții în comercializarea produselor, a întocmirii documentației în vederea participării la procedurile de achiziție publică, factorii decizionali din departamentul de aprovizionare și tehnic sunt instruiți periodic în vederea aprofundării și actualizării noțiunilor în dreptul concurenței, prin colaborarea cu avocatul extern specializat în dreptul concurenței.

- s-a dispus conștientizarea tuturor salariaților societății cu privire la respectarea regulilor de concurență prin prelucrarea Politicii de Management în care au fost introduse prevederi legate de aceste reguli, dovada fiind documentul POLITICA MANAGEMENTULUI, aprobată la data de 06.01.2020, afișată în toate locurile de muncă din societate.

În ceea ce privește credibilitatea ofertantului comisia de evaluare deși a constatat faptul că operatorul a întreprins măsuri la nivel de personal acestea nu au fost în măsură să demonstreze credibilitatea ofertantului. Aceste activități la nivelul personalului nu au fost în măsură să asigure garanția morală a ofertantului cu privire la respectarea legislației precum și a modului în care trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile și contractuale. Practicile anticoncurențiale întreprinse de ofertant pe termen lung au răsturnat prezumția de bună-credință a acestuia.

Față de argumentele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată ca neîntemeiată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 39374/15.09.2020, contestatorul a formulat răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

1. Netemeinicia excepției tardivității contestației invocată de autoritatea contractanta

Contestatorul arată că în cuprinsul punctului de vedere formulat, autoritatea contractantă își argumentează excepția invocată susținând, în esență, faptul că prezenta contestație ar fi fost supusă termenului de 5 zile prevăzut de Legea 101/2016, forma valabilă anterior intrării în vigoare a OUG 114/2020 (adică anterior datei de 13.07.2020) pe motiv ca prezenta procedura de atribuire a fost inițiată în data de 25.03.2020.

În opinia contestatorului, susținerile autorității contractante nu pot fi primite, acestea fiind contrazise în mod expres de dispozițiile tranzitorii prevăzute în OUG 114/2020 precum și de prevederile Codului de procedură civilă care guvernează legea aplicabilă procesului civil.

Astfel, contestatorul arată că art. VIII din OUG 114/2020 prevede următoarele:

"(1) Procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență rămân supuse legislației în vigoare la data inițierii acestora.

(2) Prin procedură de atribuire în curs de desfășurare se înțelege orice procedură pentru care s-a transmis un anunț de participare, un anunț de participare simplificat, o invitație de participare sau, după caz, un anunț de concesiune până la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență.

(3) Contestațiile, procesele și cererile aflate în curs de soluționare în fața Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor sau, după caz, a instanțelor judecătorești la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență continuă să se judece potrivit procedurii prevăzute de legislați în vigoare la data la care au fost începute.

(4) Termenul de exercitare a căilor de atac se supune legii în vigoare la momentul la care a fost depusă contestația pe cale administrativ-jurisdicțională sau pe cale judiciară.

(5) Operatorul Sistemului electronic de achiziții publice (SEAP) are obligația de a lua măsurile necesare pentru a adapta sistemul electronic în vederea implementării măsurilor necesare ca urmare a prevederilor prezentei ordonanțe de urgență în termen de 30 de zile lucrătoare de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență”.

Contestatorul menționează că dispozițiile alineatului 1 al textului citat (cel pe care cel mai probabil l-a avut în vedere autoritatea contractantă) se referă la legislația cu caracter material care guvernează derularea procedurii de atribuire. Astfel, conform acestui articol, procedurile de atribuire care au fost inițiate anterior modificării legislative se vor derula în continuare conform normelor de drept material în vigoare la data inițierii lor.

Contestațiile însă, indiferent că sunt formulate pe cale administrativ-jurisdicțională sau pe cale judiciară, în primul rând nu sunt parte propriu zisă din procedura de atribuire (fiind căi de atac care se judeca de entități terțe de procedură- instanțele de judecată respectiv CNSC).

În al doilea rând, aplicarea în timp a dispozițiilor procedurale care guvernează soluționarea contestațiilor este prevăzută în alin. 3 și 4 ale art. VIII citat anterior.

Astfel, mai întâi, alineatul 3 al textului citat instituie principiul conform căruia contestațiile sunt supuse legii în vigoare la data formulării lor, iar apoi alineatul 4 cu referire expresă la termenele cărora li se supune contestația, prevede că acestea sunt termenele în vigoare la momentul la care a fost depusă contestația pe cale administrativ-jurisdicțională sau pe cale judiciară.

Contestatorul arată că aceste dispoziții tranzitorii sunt concordante cu prevederile Codului de procedură civilă (care reprezintă dreptul comun în materie) respectiv:

Art. 24: Dispozițiile legii noi de procedură se aplică numai proceselor și executărilor silite începute după intrarea acesteia în vigoare.

Art. 25: (1) Procesele în curs de judecată, precum și executările silite începute sub legea veche rămân supuse acelei legi.

Art. 27: Hotărârile rămân supuse căilor de atac, motivelor și termenelor prevăzute de legea sub care a început procesul.

Sensul comun al tuturor acestor prevederi legale este acela ca momentul de referință pentru stabilirea legii procedurale aplicabile unui litigiu este data "Începerii procesului", în speță data formulării contestației.

În speță, contestatorul arată că atât comunicarea rezultatului procedurii (data la care a început să curgă termenul de formulare a contestației) cât și introducerea contestației au avut loc după intrarea în vigoare a OUG 114/2020. Astfel, atât la data de 01.09.2020 (data comunicării rezultatului) cât și la data de 08.09.2020 (data formulării contestației) art. 8 alin. 1 lit. b din Legea 98/2016 prevede un termen de contestație de 7 zile, acesta fiind pe deplin aplicabil situației din speță.

Prin urmare, contrar susținerilor autorității contractante, contestația a fost formulată în termenul legal prevăzut de normele juridice în vigoare la acel moment precum și în prezent, sens în care excepția invocată de autoritatea contractantă se impune a fi respinsă.

2. Cu privire la fondul contestației

Analizând concluziile autorității contractante cu privire la fondul contestației, contestatorul observă că acestea denotă o apreciere pur abstractă și chiar o înțelegere greșită asupra faptei reținute în Decizia Consiliului Concurenței emisă față de asociatul

Astfel, contestatorul arată că autoritatea contractantă afirmă că "nu putea rămâne indiferentă la existența unei hotărâri cu privire la săvârșirea de către ofertant a unor acorduri și practici anticoncurențiale denumite generic "carteluri", în continuare, citând o lucrare "de specialitate" (?) autoritatea contractantă arată că "prin activitatea lor cartelurile reprezintă o formă de furt în forma calificată" desfășurat "într-un cadru infracțional dezvoltat, cu multe ramificații".

Autoritatea pare să confunde noțiunea de "cartel" din sfera dreptului concurenței cu cea din domeniul crimei organizate. De buna seamă însă că cele două sunt noțiuni diferite, fapta pentru care ... a fost sancționată neintrând în sfera ilicitului penal, fiind o simplă faptă de natură contravențională.

Pe de altă parte, așa cum a subliniat deja în contestație, contestatorul precizează că în aplicarea dispozițiilor art. 167 și 171 din Legea 98/2016, aprecierea asupra gravității faptei săvârșite trebuie să fie una concretă, care să aibă în vedere circumstanțele efective în care fapta a fost săvârșită, gravitatea faptei neputând fi pur și simplu dedusă din încadrarea juridică a acesteia.

Nu în ultimul rând, contestatorul observă faptul că autoritatea contractantă refuză să dea eficiență juridică actelor de clemență reținute de Consiliul Concurenței față de ... respectiv a constatărilor autorității de concurență cu privire la eficiența măsurilor implementate de acest operator economic.

Chiar dacă, în acord cu dispozițiile Legii 98/2016, atributul respingerii unei oferte dintr-o procedură de atribuire aparține autorității contractante, contestatorul apreciază că față de natura faptei imputate autoritatea contractantă nu poate face pur și simplu abstracție de concluziile autorității specializate în domeniul concurenței.

În concret, contestatorul menționează că atâta vreme cât programul de conformare cu regulile de concurență implementat de ... a fost apreciat

ca eficient de către autoritatea de concurență, autoritatea contractantă nu poate aprecia în sens contrar, fără a încălca prezumția de legalitate de care se bucură decizia emisă de Consiliul Concurenței. Mai mult, contestatorul consideră că prin aprecierile pe care autoritatea le face în cadrul punctului de vedere este încălcată competența Consiliului Concurenței ca unică autoritate de control abilitată să emită acte în acest domeniu.

Nu în ultimul rând, contestatorul arată că, în caz de dubiu, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a se adresa direct Consiliului Concurenței pentru a solicita eventuale relații suplimentare care nu reies din actele puse la dispoziție de către ofertant, (acesta fiind și sensul opiniei comune emise de ANAP și Consiliul Concurenței).

Sintetizând susținerile autorității contractante, contestatorul apreciază că acestea nu pot fi acceptate, întrucât ele golesc de conținut dispozițiile legale privitoare la măsurile pe care le pot adopta operatorii economici și fac imposibilă reabilitarea acestora, fapt care este în evidentă contradicție cu sensul reglementării prevăzute de art. 171 alin. 1-3 din Legea 98/2016.

Pentru toate aceste considerente și pentru cele prezentate în contestație, contestatorul susține admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 39375/15.09.2020, contestatorul a anexat dovada cheltuielilor de judecată, respectiv:

- Factura nr. ...;
- OP nr. 1/04.09.2020.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect " ...", cod CPV 45200000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În raportul procedurii nr. 12364/01.09.2020, s-a consemnat depunerea a 3 oferte, respingerea a 2 oferte, printre care și a contestatorului, admisibilitatea ofertei depusă de asocieria ...SRL, precum și desemnarea acesteia ca fiind câștigătoarea procedurii.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 12367/01.09.2020, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației depusă de SRL, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru considerentele ce urmează.

În acest sens, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 12367/01.09.2020, ... SRL a transmis contestația atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în data de 08.09.2020, prin e-mail.

Astfel, luând în considerare că SRL critică decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, despre care a

luat la cunoștință la data de 01.09.2020, raportat la data formulării contestației, respectiv 08.09.2020, Consiliul reține că, în cauză, contestatorul SRL a respectat termenul de 7 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 114/2020.

Consiliul nu poate reține ca întemeiate susținerile autorității contractante potrivit cărora *"Raportat la data publicării anunțului de participare nr. ..., respectiv 25.03.2020, prezenta procedură se supune legislației în vigoare la data anunțului în ceea ce privește termenul de contestație"*, întrucât potrivit art. VIII alin. (4) din OUG nr. 114/2020: *"Termenul de exercitare a căilor de atac se supune legii în vigoare la momentul la care a fost depusă contestația pe cale administrativ-jurisdicțională sau pe cale judiciară"*, ori contestația a fost depusă la data de 08.09.2020, iar Ordonanța de urgență nr. 114/2020 privind modificarea și completarea unor acte normative cu impact în domeniul achizițiilor publice a intrat în vigoare la data de 13.07.2020.

În ceea ce privește fondul contestației SRL, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Consiliul reține că, prin adresa nr. 12367/01.09.2020, autoritatea contractantă a comunicat contestatorului faptul că oferta asocierii SRL – SC ... – SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, argumentele acestei decizii fiind următoarele:

- oferta a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. 5 din Legea 98/2016 *"deoarece nu respectă cerințele de calificare prevăzute în documentația de atribuire"*.

- urmare analizării răspunsul la solicitările de clarificări prin prisma dispozițiilor art. 167 din Legea 98/2016 a asociatului ... precum și încadrarea în dispozițiile art 171 alin.(3) din Legea 98/2016 a dovezilor depuse cu privire la îndeplinirea condiției credibilității operatorului economic.

- Concluziile verificărilor efectuate de comisia de evaluare sunt rezumate după cum urmează:

"Comisia de evaluare a reanalizat acest aspect privind credibilitatea operatorului, în baza răspunsului comunicat și s-a ajuns la următoarea concluzie: ofertantul S.C. ... a menționat ca nu s-au stabilit daune/despăgubiri sau persoane prejudiciale prin decizia Consiliului Concurenței în schimb își asumă plata amenzii aplicată, aceasta nefiind plătită până la acest moment. Operatorul economic a cerut eşalonarea plății către ANAF, fără a anexa nici un înscris așa cum este menționat în răspunsul ofertantului.

Clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă contravenția prin cooperare activă cu autoritatea ce a efectuat investigația (Consiliul Concurenței) Comisia constată faptul că operatorul economic a beneficiat de clementa din partea autorității prin reducerea amenzii cu 10% întrucât a colaborat activ furnizorul elemente probatorii ce au adus o contribuție suplimentară

semnificativă. Comisia de evaluare apreciază ca acest aspect privind credibilitatea este îndeplinit.

Având în vedere decizia invocată de operatorul economic în cauza C124/17, a CJUE respectiv paragraful (31), comisia de evaluare constată că în decizia mai sus menționată cooperarea cu autoritatea contractantă este condițională de punerea la dispoziție a deciziei de sancționare, decizie ce nu a fost pusă la dispoziția comisiei de evaluare solicitată prin clarificarea nr.7725/27.05.2020.

De asemenea din decizia menționată mai sus C124/17, a CJUH, reiese faptul că demonstrarea în concret a credibilității, trebuie să se facă printr-o cooperare activă nu doar cu autoritatea de investigație ci și cu autoritatea contractantă în ceea ce privește faptele și împrejurările care au legătură cu contravenția săvârșită.

Adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, operațional și în materie de personal, cum ar fi: eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de organizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern...Prin răspunsul său, ofertantul nu a clarificat acest aspect menționând faptul că dispozițiile art. 171, alin.3 nu sunt cumulative ci doar enunțative. Operatorul economic consideră că prin răspunsul său a adus suficiente dovezi privind credibilitatea sa. Prin răspunsul său operatorul economic a reluat prezentarea măsurilor privind organizarea personalului.

În ceea ce privește aplicarea dispozițiilor art. 171 alin. (5) din Legea 98/2016, pentru cazul în care unui operator economic nu i-a fost aplicată măsura interdicției de participare la achiziții publice, situațiile de excludere prevăzute la art. 167, nu se aplică dacă a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Operatorul economic prin răspunsul său a menționat că data ultimei înțelegeri anticoncurențiale a fost 31.12.2017, în concluzie nu beneficiază de impunitatea prevăzută la art. 171, alin.5, lit.b din Legea 98/2016.

În conformitate cu art.171, alin.(3¹) din legea 98/2016, comisia de evaluare evaluează măsurile luate de operatorul economic ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii săvârșite și decide excluderea din procedură pentru următoarele motive:

Măsurile de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare în domeniul legislației concurenței, cooperarea activă cu Consiliul Concurenței, obținerea unei reduceri a amenzii aplicate prin procedura de clemență, respectiv asumarea plății acesteia, nu sunt în măsură să demonstreze credibilitatea operatorului. Comisia de evaluare ține cont de gravitatea și următoarele circumstanțe particulare constatate din documentele depuse:

Încălcarea legislației în domeniul concurenței a fost săvârșită în mod repetat în intervalul anilor 2010-2017.

Operatorul economic a încălcat legislația specifică intervenind în două înțelegeri diferite, de împărțire a pieței achizițiilor publice.

Prin răspunsul său nu s-a clarificat modul prin care au fost eliminate legăturile cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul

anticoncurențial, prin urmare măsurile de organizare a personalului luate de operatorul economic nu pot fi analizate ca fiind suficiente și în măsură să împiedice fapte asemănătoare.

Deși cooperează activ cu autoritatea de sancționare prin răspunsurile la clarificări operatorul economic nu cooperează activ cu autoritatea contractantă (comisia de evaluare) pentru a demonstra în concret credibilitatea sa.

În consecință oferta depusă de asocierea SC SRL - lider asociere - ... S.R.L.-asociat 1 - S.C.... S.R.L., este inacceptabilă în conformitate cu art.215,(alin.5) din Legea 98/2016, deoarece nu respectă cerințele de calificare prezentate în documentele achiziției”.

Având a verifica temeinicia motivelor de respingere a ofertei depusă de asocierea SRL – SC ... – SC ... în cadrul prezentei proceduri de atribuire, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale din cuprinsul Legii nr. 98/2016 forma în vigoare la data organizării procedurii de atribuire:

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

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

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

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și

adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite”.

În soluționare Consiliul reține și faptul că prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) transpun prevederile art. 57 alin. (4) lit. c) și alin. (5) din Directiva 2014/24/UE, care stipulează: „(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) dacă 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 (...). (5) În orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4)”.

Motivul reglementării acestei cerințe de excludere se regăsește în cadrul considerentului 101 para. (1) al **Directivei 2014/24/UE**: „Autorităților contractante ar trebui să li se ofere în continuare posibilitatea de a exclude operatorii economici care s-au dovedit a nu fi fiabili, de exemplu din motive de încălcare a obligațiilor de mediu sau sociale, inclusiv a normelor privind accesibilitatea pentru persoanele cu handicap sau alte forme de comitere a unei **abateri profesionale grave**, cum ar fi **încălcări ale normelor de concurență** sau a drepturilor de proprietate intelectuală. Ar trebui să se clarifice faptul că abaterile profesionale grave pot arunca un dubiu asupra integrității unui operator economic și astfel fac ca operatorul economic să devină inadecvat pentru a i se atribui un contract de achiziții publice, chiar dacă operatorul economic deține capacitatea tehnică și economică de a executa contractul”.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative dacă ofertantul a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, cum ar fi încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Potrivit art. 62 alin. (1) din Legea Concurenței nr. 21/1996, „Deciziile emise de către Consiliul Concurenței în aplicarea prezentei legi vor fi comunicate părților în cauză de către Consiliul Concurenței și vor fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, pe cheltuiala contravenientului sau a solicitantului, după caz, ori pe pagina de internet a Consiliului Concurenței”.

Din dispozitivul Deciziei Consiliului Concurenței nr. .../16.12.2019, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționarea contestației formulată de SRL, în calitate de lider al asocierii SRL – SC ... – SC ... SRL următoarele:

„Art. 1. Se constată încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare (denumită, în continuare, Lege), precum și a art. 101 alin (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (denumit, în continuare, 7FUE), prin realizarea unei înțelegeri și/sau practici concertate unice și continue de împărțire a pieței, în contextul participării la proceduri de achiziție publică și/sau privată de indicatoare rutiere și/sau de lucrări de marcaje rutiere, de către:

.....
- ..., întreprindere cu sediul în sat ..., înregistrată la ONRC cu nr. ..., Cod Unic de înregistrare ...;

Art. 2. Se constată încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Lege și a art. 101 alin (1) din TFUE, prin realizarea unei înțelegeri și/sau practici concertate unice și continue de împărțire a pieței, în contextul participării la proceduri de achiziție publică și/sau privată de indicatoare rutiere, de către:

- ..., întreprindere cu sediul în sat ..., înregistrată la ONRC cu nr. ..., Cod Unic de înregistrare ...;

.....
Art. 3. În temeiul art. 55 alin. (1) lit. a) din Lege, se sancționează întreprinderile: pentru încălcarea art. 5 alin. (1) lit. c) din Lege și a art. 101 alin (1) din TFUE.

Art. 4. Se reține că participarea ... la săvârșirea celor două fapte anticoncurențiale reprezintă o încălcare unică și continuă, aspect de natură să conducă la aplicarea unei singure sancțiuni.

Art. 5. În temeiul art. 55 alin. (1) lit. a) din Lege, se sancționează întreprinderile și pentru încălcarea dispozițiilor art. 5 alin (1) lit. c) din Lege și a art. 101 alin (1) din TFUE, cu următoarele amenzi:

.....
- ... - 2.793.661,32 lei, reprezentând [...] din cifra de afaceri realizată în anul 2018. În cazul în care întreprinderea nu atacă în contencios administrativ decizia emisă de către Consiliul Concurenței, aceasta va beneficia de reducerea acordată ca urmare a recunoașterii, cuantumul amenzii fiind de ... lei, reprezentând [...] din cifra de afaceri realizată în anul 2018”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a constatat în mod corect îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. c) coroborat cu art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 deoarece abaterea SC ... (membru al asocierii SRL – SC ... – SC ...) a fost constatată printr-o decizie a unei autorități administrative, în speță Decizia nr. .../2019 emisă de către Consiliul Concurenței și se referă la încălcări ale Legii Concurenței de către un grup de operatori economici printre care și societatea membră a asocierii ce a depus oferta în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Totodată, din verificarea înscrisurilor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat la solicitarea și verificarea eventualelor dovezi adoptate de SC ... pentru demonstrarea credibilității sale astfel cum avea obligația potrivit art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016,

Consiliul reține că art. 171 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 transpun în legislația națională prevederile art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24/UE care stabilesc printre altele faptul că *„Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție.*

În acest scop, 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 abateri, 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.

Măsurile luate de către operatorii economici sunt evaluate ținând seama de gravitatea și de circumstanțele particulare ale infracțiunii sau ale abaterii. *În cazul în care măsurile sunt considerate insuficiente, operatorul economic primește o expunere a motivelor respectivei decizii”.*

Mai mult Consiliul reține că în cadrul considerentului 101 din expunerea de motive a Directiva 2014/24/UE, este precizat faptul că *„Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității”,* sintagmă din care rezultă că autoritatea contractantă ar fi trebuit solicitate și să evalueze măsurile luate de raportat la prevederile art. 171 alin. (3), din Legea nr. 98/2016 ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale aspectelor consemnate în decizia emisă de către Consiliul Concurenței.

Urmare solicitărilor de clarificări asupra acestor aspecte, SC ... a transmis răspunsurile prin care a precizat măsurile concrete luate de această societate pentru dovedirea credibilității sale.

Referitor la eliminarea din cadrul societății a persoanelor implicate în comportamentul necorespunzător, operatorul economic a dat următorul răspuns: *vă rugăm să aveți în vedere faptul că dispozițiile art.171, alin.(3) din Legea nr.98/2016 a achizițiilor publice nu sunt cumulative, ci doar enunțiative. În aceste condiții, așa cum am menționat în răspunsul nostru anterior:*

- în vederea prevenirii riscurilor de încălcare a regulilor de concurență s-a încheiat un contract de colaborare cu un avocat specializat în dreptul concurenței și a fost desemnată o persoană din cadrul societății pentru a se ocupa cu problemele curente de dreptul concurenței.

- salariații societății cu atribuții în comercializarea produselor, a întocmirii documentației în vederea participării la procedurile de achiziție publică, factorii decizionali din departamentul de aprovizionare și tehnic sunt instruiți periodic în vederea aprofundării și actualizării noțiunilor în dreptul concurenței, prin colaborarea cu avocatul extern specializat în dreptul concurenței.

- s-a dispus conștientizarea tuturor salariaților societății cu privire la respectarea regulilor de concurență prin prelucrarea Politicii de Management în care au fost introduse prevederi legate de aceste reguli, dovada fiind documentul POLITICA MANAGEMENTULUI, aprobată la data de 06.01.2020, afișată în toate locurile de muncă din societate”.

Chiar dacă se constată că operatorul economic a luat anumite măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, în opinia Consiliului, decizia autorității contractante de excludere în prezenta speță apare ca fiind întemeiată. Astfel, de la momentul emiterii deciziei de sancționare a Consiliului Concurenței (16.12.2019) și până la momentul depunerii ofertelor în prezenta procedură (22.04.2020) nu se poate aprecia că măsurile luate și-au produs efectiv efectele, transpunerea lor în practică necesitând o perioadă mai îndelungată de conștientizare în respectarea regulilor de concurență, în condițiile în care faptele anticoncurențiale săvârșite de întreprinderea ... s-au desfășurat în perioada 2009-2017, așa cum a fost reținut în decizia nr..../2019.

Nu se pot reține ca întemeiate susținerile contestatorului referitoare la faptul că autoritatea contractantă ar fi refuzat să dea eficiență juridică actelor de clemență reținute de Consiliul Concurenței față de SC Pe de o parte, actele de clemență au vizat acest operator economic în însăși decizia emisă de acest organ administrativ, concretizate în sancțiunea condiționată de reducere a amenzii, ceea ce nu presupune automat și dovedirea credibilității în vederea participării la proceduri de achiziție publică, în condițiile în care practicile anticoncurențiale întreprinse de acest ofertant au fost pe termen lung și au fost desfășurate tocmai pe parcursul derulării unor proceduri de achiziție publică.

Potrivit dispozițiilor legale în materie, autoritatea contractantă este cea îndrituită să aprecieze dacă un operator economic aflat într-o situație de excludere și-a demonstrat sau nu credibilitatea, acest aspect fiind absolut necesar pentru eventuala încheiere a unui contract de achiziție publică.

Faptul că operatorul economic SC ... (membru al asocierii SRL – SC ... – SC ...) nu a adus dovezi suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității sale nu poate fi imputat autorității contractante, ci se datorează exclusiv comportamentului său anticoncurențial exercitat pe termen lung, comportament ce poate avea ca efect răsturnarea prezumției de bună-credință a acestuia.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației depusă de SRL, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SRL în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

MEMBRU,

...