Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
17 APR. 2019
Nr. înregistrare 2.632

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
REGISTRATURĂ
Azi 18.04.2019 s-a înregistrat
în dosarul nr. 21897/2/2019
Semnătura:

Curtea de Apel București

Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa, Astaldi SpA („Astaldi" sau „Societatea"), cu sediul în Italia, Roma, strada Giulio Vicenzo Bona, nr. 65-00156, înregistrată la Camera de Comerț, Industrie, Artizanat și Agricultură din Roma cu nr. CEW/9834/2010/CRM0698, cod fiscal 00398970582, reprezentată legal prin dl. Pier Luca Canino Director de țară,

reprezentată convențional prin S.C.A. Țuca Zbârcea & Asociații[1] având sediul în București, Șos. Nicolae Titulescu nr. 4-8, clădirea America House, intrarea Aripa de Vest, et. 8, sector 1, cod 011141, adresă la care vă solicităm să dispuneți comunicarea tuturor actelor de procedură ce vor fi efectuate în acest dosar, în conformitate cu dispozițiile art. 158 C.pr.civ., persoanele însărcinate cu primirea actelor de procedură fiind Raluca Constantin, Adina Enache și Alexandra Filipov - asistente recepție,

în calitate de ofertant a cărui ofertă a parcurs cu succes etapa de verificare a propunerii tehnice[2], obținând punctaj maxim în cadrul procedurii de atribuire a contractului având ca obiect *„Proiectare și execuție autostrada Sibiu-Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș - Pitești km 92+600 - 122+950"* („Procedura de atribuire") organizate de către Compania de Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere („CNAIR" sau „Autoritatea contractantă"), cu sediul în București, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, cod poștal 010873, fax: 021 264 32 98, e-mail: *laura.uxente@andnet.ro*,

în contradictoriu cu intimata Asocierea China Railway 14th Bureau Co Ltd. - Viaponte Rom S.R.L. - Viaponte, Projetos e Consultoria de Engenharia S.A., prin Viaponte Rom S.R.L. („Asocierea China"), cu sediul în București, sector 2, str. Arhitect Alexandru Săvulescu nr. 6, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/5528/06.04.2004, CUI 16310237, cont IBAN RO48OTPV000000000496161, deschis la OTP Bank, reprezentată legal prin dl. Vlad Chiotan, în calitate de Administrator,

în temeiul dispozițiilor art. 29 și următoarele din Legea nr. 101/2016, în termen legal, formulăm prezenta:

PLÂNGERE

---

[1] Anexa nr. 1 - Împuternicire avocațială.
[2] Anexa nr. 2 - Adresa CNAIR nr. 12B/5085/24.04.2018 și captură din SEAP cu punctajul obținut în urma evaluării propunerii tehnice.

DOMNULUI PREȘEDINTE AL CURȚII DE APEL BUCUREȘTI - SECȚIA A VIII-A DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

împotriva Deciziei CNSC nr. 509/C5/380/386 din data de 02.04.2019[3] („Decizia CNSC"), solicitându-vă ca, prin decizia pe care o veți pronunța, să modificați în parte Decizia CNSC în sensul respingerii contestației formulate de către Asocierea China Railway 14th Bureau Co Ltd. - Viaponte Rom S.R.L. Viaponte, Projetos e Consultoria de Engenharia S.A., prin Viaponte Rom S.R.L., în principal, ca fiind introdusă de o persoană fără capacitate procesuală de folosință, într-un prim subsidiar, ca fiind introdusă de o persoană fără calitate procesuală activă, într-un al doilea subsidiar, pe fond, ca nefondată, cu consecința admiterii cererii de intervenție accesorie formulate de către Astaldi în interesul CNAIR,

pentru următoarele:

MOTIVE

I. CONTEXTUL LITIGIOS

A. ORGANIZAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE. EXCLUDEREA OFERTEI ASOCIERII CHINA

1. Relevante pentru soluționarea prezentei plângeri sunt următoarele aspecte:

   a) Procedura de atribuire a fost organizată de către CNAIR prin publicarea, în SEAP, a Anunțului de participare nr. 176986/11.07.2017;

   b) Oferta Asocierii China a fost exclusă din Procedura de atribuire prin Adresa CNAIR nr. 13B/1661/01.03.2019 („Decizia de excludere") în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g)[4] și alin. (8)[5] din Legea nr. 98/2016; la baza acestei decizii de excludere este situația de încălcare gravă a obligațiilor contractuale de către unul dintre membrii asocierii excluse (Viaponte Rom S.R.L.), situație confirmată prin documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 („Documentul constatator") emis de către aceeași autoritate contractantă, CNAIR, pentru Asocierea ICM SpA[6] - Viaponte Rom S.R.L. în contractul de lucrări având ca obiect *„Proiectarea și execuția Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sector 3A: Cluj Vest (Gilău) - Mihăiești, km 0+000 - km 25+500, Tronson 3A2, km 8+700 - 25+500"* („Contractul de lucrări"). Din Documentul constatator anterior menționat rezultă următoarele:

---

[3] Anexa nr. 3 - Decizia CNSC nr. 509/C5/380/386 din data de 02.04.2019.

[4] Art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016: *(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: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, lor aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;"*

[5] Art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016: *„În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract."*

[6] Fostă Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.A.

(i) Contractul de lucrări a fost îndeplinit în mod necorespunzător de către Antreprenor; abaterile contractuale ale Antreprenorului din acest contract au condus la aplicarea de către CNAIR a unor penalități în valoare cumulată totală de , neachitate până în prezent. Ele reprezintă un prejudiciu semnificativ adus Beneficiarului (același CNAIR);

(ii) Contractul de lucrări a fost reziliat de către CNAIR începând cu data de 25.07.2017; cauza rezilierii este reprezentată tocmai de refuzul Antreprenorului de a se conforma cerințelor de remediere semnalate de către Beneficiar în chiar partea de activitate care vizează asociatul Viaponte Rom S.R.L.[7].

c) În Decizia de excludere se precizează faptul că excluderea ofertei Asocierii Chine din Procedura de atribuire a intervenit ca urmare a:

(i) Efectelor produse de Documentul constatator a cărui legalitate este, la acest moment, confirmată și de către instanță. Efectele Documentului constatator nu sunt, în prezent, suspendate; mai mult, acțiunea în anularea acestui Document constatator a fost respinsă de către Tribunalul București, legalitatea situațiilor de neexecutare culpabilă a obligațiilor fiind confirmată cu putere de lucru judecat (provizorie);

(ii) Declarației inexacte a operatorului economic care, prin modalitatea de completare a Formularului DUAE a omis prezentarea adevărului. În cuprinsul Formularului DUAE depus pentru asociatul Viaponte Rom S.R.L., la partea III „Motive de excludere" - secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale" - subsecțiunile „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă?" și „Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior", a fost bifat răspunsul „NU", în contextul în care la data completării Formularului DUAE, Documentul constatator era deja emis.

---

[7] Înștiințarea de remediere a fost emisă de către CNAIR în temeiul Sub-clauzei 15.1 (Înștiințarea de remediere) din Condițiile Speciale ale Contractului de lucrări. Obiectul Înștiințării de remediere pe care Antreprenorul nu a soluționat-o a constat în neexecutarea în termen contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare, activitate care era în sarcina Viaponte Rom S.R.L. În concret, în Documentul constatator s-a consemnat neexecutarea culpabilă a obligației Antreprenorului de proiectare asumată prin Contractul de lucrări, menționându-se că: *„Slaba capacitate de management a Antreprenorului pentru îndeplinirea obligațiilor din cadrul Contractului privind activitatea de proiectare a fost semnalată printre altele și de inconsecvența informațiilor transmise de Antreprenor referitoare la activitățile aferente proiectării."* (subl. ns.).

B. PROMOVAREA CONTESTAȚIEI ÎMPOTRIVA DECIZIEI DE EXCLUDERE. DECIZIA PRONUNȚATĂ DE CĂTRE CNSC

B.1. Contestația Asocierii China

2. Împotriva Deciziei de excludere Asocierea China a promovat contestație, invocând, în esență, următoarele argumente:

a) Pretinsa încălcare, de către Autoritatea contractantă, a obligației de a solicita dovezi care să demonstreze credibilitatea operatorului economic; contestatoarea a susținut că, în raport de dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, Autoritatea contractantă ar fi avut obligația de a solicita dovezi din care să rezulte că măsurile luate sunt suficiente pentru a demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere; contestatoarea a susținut acest argument în contextul în care ea însăși nu a declarat în DUAE existența Documentul constatator emis de către CNAIR, pretinzând că o astfel de conduită ar reprezenta o dovadă a credibilității sale, care ar fi trebuit să determine Autoritatea contractantă la clarificarea situației;

b) Autoritatea contractantă ar fi avut obligația de a solicita clarificări cu privire la existența unor situații de excludere la momentul analizării DUAE; contestatoarea a sugerat faptul că, ulterior finalizării acestei etape, Autoritatea contractantă nu ar mai avea posibilitatea să revină asupra analizei DUAE;

c) Fără a nega situația de fapt reținută în cuprinsul Documentului constatator (ci, dimpotrivă, recunoscând-o), contestatoarea a susținut că nu s-ar afla în culpă pentru neîndeplinirea gravă a obligațiilor contractuale și prejudiciul produs CNAIR în contractul în legătură cu care a fost emis documentul în discuție; în susținerea acestui argument, contestatoarea a arătat că: (i) în Contractul de lucrări anterior, societatea Viaponte nu ar fi derulat efectiv nicio activitate, în pofida faptului că, din cuprinsul contestației (și a documentelor contractuale), a rezultat că acestuia îi revenea obligația de proiectare, (ii) nu ar fi fost informată în legătură cu emiterea Documentului constatator, ceea ce ar fi condus la pretinsa imposibilitate de a îl contesta în termenul prevăzut de lege.

B.2. Cererea de intervenție accesorie a Astaldi SpA

3. Astaldi a formulat cerere de intervenție accesorie, în interesul CNAIR, prin care a invocat următoarele argumente:

a) Autoritatea contractantă nu este obligată să solicite clarificări contestatoarei atunci când situația de fapt stabilită prin Documentul constatator este clară și nu necesită investigații suplimentare; solicitarea de clarificări este un drept, iar nu o obligație a Autorității contractante, scopul acestei instituții fiind acela de a clarifica situații în care informațiile deținute de către autoritatea contractantă sunt insuficiente pentru a lua o decizie. Situația nu se regăsește în speță;

b) Autoritatea contractantă poate verifica, oricând, pe parcursul derulării procedurii informațiile declarate în DUAE; mai mult, documentele suport DUAE și, respectiv, dovada

celor declarate în formularul inițial se face numai în etapa finală a Procedurii de atribuire;

c) Sunt îndeplinite condițiile legale pentru excludere; situația de fapt descrisă în contestația Asocierii China-Viaponte le confirmă întrucât:

(i) obligațiile încălcate au condus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități în cuantum de ; un asemenea prejudiciu adus unei autorități publice nu poate reprezenta o abatere minoră;

(ii) contestatoarea nu a furnizat dovezi, dintre cele prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, de natură a-și demonstra credibilitatea; mai mult, contestatoarea a renunțat la acest drept, date fiind informațiile false declarate în Formularul DUAE completat în prezenta Procedură de atribuire;

(iii) contestatoarea a furnizat informații false în cuprinsul DUAE, prin omiterea mențiunii privind existența Documentului constatator;

(iv) contestatoarea a recunoscut în mod expres faptul că nu și-a îndeplinit obligația de proiectare, invocând, în mod nejustificat, în apărarea sa faptul că *„Liderul asocierii ICM SPA a exclus participarea Viaponte Rom S.R.L. de la activitățile contractului"*, fără să demonstreze, în concret, care sunt măsurile pe care Viaponte le-ar fi întreprins pentru a își asigura implicarea în activitățile contractului și îndeplinirea obligațiilor asumate la momentul semnării contractului; oricum, astfel de informații privesc exclusiv raporturile dintre asociați, nefiind permisă invocarea lor în situații de tipul celei existente în speță și nu pot în niciun caz exonera de răspundere entitatea care, membră a unei asocieri care și-a asumat anumite obligații, alege să manifeste dezinteres și pasivitate față de modalitatea de derulare a unui contract de achiziție publică

(v) membrii unei asocieri răspund, oricum, solidar pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, indiferent de cota de participare agreată prin acordul de asociere; nici eventualele convenții ulterioare nu pot înlătura solidaritatea legală de care sunt ținuți participanții la procedura de atribuire a unui astfel de contract;

(vi) Documentul constatator este un act administrativ care se bucură de prezumția de legalitate; aceasta s-a consolidat prin respingerea acțiunii în anulare.

4. Separat de argumentele de fond, subscrisa a sesizat CNSC cu privire la viciile de promovare a contestației. Date fiind precizările depuse de către contestatoare la dosarul CNSC, în sensul că *„Așa cum am arătat mai sus contestatorul este Asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTARIA DE ENGENHARIA S.A."*(subl.ns), prin Notele scrise înregistrate la CNSC sub nr. 12097/01.04.2019, subscrisa a invocat excepția lipsei capacității procesuale de folosință a Asocierii China, precum și excepția lipsei calității procesuale active a acestei asocieri, motivele fiind detaliate în cuprinsul Notelor scrise.

B.3. Decizia pronunțată de către CNSC

5. Prin Decizia CNSC, contestația promovată de către Asocierea China a fost admisă[8]. Din perspectiva caracterului întemeiat al prezentei plângeri, relevante sunt următoarele aspecte eronat tranșate de către CNSC:

a) CNSC s-a pronunțat cu privire la o excepție imposibil a fi formulată. Soluție pronunțată denotă superficialitatea demersului de soluționare și lipsa de înțelegere (cel puțin, la nivel conceptual) a excepțiilor cu a căror soluționare a fost învestit CNSC. Astaldi a invocat excepția lipsei capacității procesuale de folosință a Asocierii China în promovarea contestației și, în subsidiar, excepția lipsei calității procesuale active a acestei asocieri, iar Consiliul a soluționat o excepție care nu numai că nu a fost vreodată invocată ci, mai mult, ea nu există în dreptul român, i.e. *„excepția lipsei calității procesuale de folosință activă"*[9]. Totodată, raționamentul dezvoltat de către CNSC în soluționarea excepțiilor este eronat aplicat situației din speță câtă vreme: (i) însăși contestatoarea a precizat faptul că promotor al contestației este Asocierea China și nu unul dintre membrii săi și (ii) o persoană juridică nu poate fi reprezentată prin altă persoană juridică, așa cum vom dezvolta mai jos;

b) CNSC a validat posibilitatea operatorului economic Viaponte de a declara informații false/eronate în cuprinsul Formularului DUAE[10], transferând responsabilitatea acestei erori către CNAIR; CNSC pretinde că neconcordanțele dintre informațiile furnizate de contestatoare și cele publicate în SEAP (i.e. Documentul constatator negativ) ar fi trebuit clarificate chiar de către CNAIR în raport de dispozițiile art. 209 alin. (1)[11] din Legea nr. 98/2016 și de dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

---

[8] Totodată, în privința contestației formulate de către Tirrena Scavi împotriva deciziei CNAIR prin care oferta sa a fost exclusă, CNSC a luat act de renunțarea acesteia la judecată (această din urmă soluție nu face obiectul plângerii Astaldi, acesta fiind motivul pentru care am solicitat modificarea Deciziei CNSC numai în parte).

[9] În acest sens, la pag. 24 din Decizie, CNSC reține că: *„În ceea ce privește excepțiile lipsei calității procesuale de folosință activă, a lipsei calității procesuale active a asocierii, Consiliul constată că acestea sunt nefondate, în condițiile în care, potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 (norma specială care exclude norma generală) «Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de lege», iar, în speță, așa cum rezultă din documentele depuse la dosarul cauzei, contestația a fost formulată de către asocierea China Railway 14th Bureau Group Co. Ltd. - Viaponte Rom S.R.L. - Viaponte Projetos e Consultoria de Engenharia S.A., prin Viaponte Rom SRL (deci unul dintre membrii asocierii) [...]."*

[10] În acest sens, la pag. 32 din Decizie, CNSC reține că: *„Aceste neclarități sesizate de către Autoritatea contractantă între informațiile furnizate de contestatoare și cele obținute din accesarea platformei SEAP, nu au fost clarificate de autoritatea contractantă, în speță, aceasta neaplicând dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. [...].*
Astfel, Consiliul constată că, prin neaplicarea dispozițiilor legale imperative citate anterior, respectiv prin neaplicarea dispozițiilor legale imperative citate anterior, respectiv, prin neanalizarea argumentelor prezentate de către Viaponte Rom SRL în cuprinsul contestației sale și a susținerilor oferente acesteia, autoritatea contractantă nu a permis contestatoarei, despre a cărei ofertă a constatat că se află într-una din situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de aceasta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere."

[11] Art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței."*

II. TEMEINICIA PLÂNGERII

A. SINTEZA ARGUMENTELOR INVOCATE PRIN PLÂNGERE

6 Raționamentul CNSC este eronat și, pe cale de consecință, Decizia CNSC este netemeinică și nelegală. Vom demonstra în continuare că:

a) Se impuneau a fi admise excepțiile lipsei capacității procesuale de folosință și a lipsei calității procesuale active a Asocierii China în promovarea contestației, cu consecința constării nulității absolute a actelor de procedură întocmite și depuse la dosar, dat fiind că: (i) pe de o parte, Asocierea China - Viaponte nu există din punct de vedere juridic, ea fiind constituită doar în scopul executării contractului și nu are personalitate juridică și (ii) pe de altă parte, o persoană juridică nu poate fi reprezentată printr-o altă persoană juridică, în acest sens fiind atât dispozițiile art. 84 C.pr.civ., cât și Hotărârea preliminară nr. 9/2016 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie civilă;

b) Decizia CNSC încalcă principiul tratamentului egal și nediscriminării astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE. CNAIR nu avea obligația de a solicita clarificări Asocierii China, câtă vreme, unul dintre membrii acesteia, Viaponte Rom S.R.L. a furnizat informații false / eronate în cuprinsul Formularului DUAE, iar situația de fapt care a generat excluderea era foarte bine cunoscută CNAIR, ea însăși fiind Beneficiarul anterior vătămat prin comportamentul culpabil al actualului ofertant;

c) Decizia de excludere este temeinică și legală. Sunt îndeplinite condițiile legale pentru excludere; situația de fapt descrisă în contestația Asocierii China-Viaponte le confirmă întrucât:

(i) obligațiile încălcate au condus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități în cuantum de , deci sunt grave;

(ii) contestatoarea a furnizat informații false în cuprinsul DUAE, prin omiterea mențiunii privind existența Documentului constatator;

(iii) prin furnizarea de informații false / eronate, contestatoarea a renunțat la dreptul de a furniza dovezi dintre cele prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, de natură a îi demonstra credibilitatea; practic, acest operator economic nici nu și-a propus să își demonstreze credibilitatea ci, efectiv, să omită prezentarea adevărului;

(iv) contestatoarea recunoaște în mod expres că nu și-a îndeplinit obligația de , invocând, în mod nejustificat, în apărarea sa faptul că *„Liderul asocierii ICM SPA a exclus participarea Viaponte Rom S.R.L. de la activitățile contractului"*, fără să demonstreze, în concret, care sunt măsurile pe care Viaponte le-ar fi întreprins pentru a își asigura implicarea în activitățile contractului și îndeplinirea obligațiilor asumate la momentul semnării contractului; oricum, astfel de informații privesc exclusiv raporturile dintre

asociați, nefiind permisă invocarea lor în situații de tipul celei existente în speță în care solidaritatea față de Beneficiar nu poate fi înlăturată;

(v) membrii unei asocieri răspund solidar pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, indiferent de cota de participare agreată prin acordul de asociere; nicio convenție a părților nu o poate înlătura;

(vi) Documentul constatator este un act administrativ care se bucură de prezumția de legalitate, prezumție care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare. În privința Documentului constatator emis de către CNAIR prezumția de legalitate s-a consolidat prin respingerea acțiuni în anulare.

B. TEMEINICIA EXCEPȚIILOR LIPSEI CAPACITĂȚII PROCESUALE DE FOLOSINȚĂ ȘI A LIPSEI CALITĂȚII PROCESUALE ACTIVE A ASOCIERII CHINA

7. Am arătat în preambulul plângerii faptul că soluția pronunțată asupra celor două excepții invocate de către subscrisa este vădit eronată, CNSC demonstrând că nici măcar nu a înțeles (la nivel conceptual) excepțiile cu a căror soluționare a fost învestit și nu a analizat argumentele formulate de către Astaldi în susținerea acestora.

8. Pentru rigoare, reiterăm faptul că Astaldi a invocat excepția lipsei capacității procesuale de folosință și excepția lipsei calității procesuale a Asocierii China, iar Consiliul s-a pronunțat doar asupra excepției lipsei calității procesuale active. Prima și cea mai importantă excepție a fost omisă de către CNSC care a soluționat, în schimb, o excepție neinvocată (și chiar inexistentă în dreptul român), respectiv *„excepția lipsei calității procesuale de folosință activă"*. Din considerentele și dispozitivul Deciziei CNSC, rezultă că, în realitate, CNSC a lăsat nesoluționată excepția lipsei capacității procesuale de folosință invocate de către Astaldi, din această perspectivă Decizia CNSC fiind vădit nelegală, deoarece o privează pe subscrisa de dublul grad de jurisdicție, excepția în discuție urmând a fi soluționată, pentru prima oară, în calea de atac a plângerii.

9. Excepția lipsei capacității procesuale de folosință și a lipsei calității procesuale active a Asocierii China și constatarea nulității absolute a actelor de procedură întocmite de aceasta în cauză se impun a fi admise în considerarea argumentelor ce vor fi expuse în continuare.

10. Prin Notele scrise înregistrate la CNSC sub nr. 10832/22.03.2019, contestatoarea a recunoscut în mod expres atât faptul că Asocierea a promovat contestație și nu unul dintre membrii asocierii, cât și faptul că Asocierea este reprezentată prin Viaponte (unul dintre membrii asocierii) care, și el, la rândul său, este reprezentat prin administrator. În acest sens, contestatoarea a menționat că (mențiuni ignorate de către CNSC):

a) *„Se poate înțelege foarte clar că această contestație a fost formulată de: Asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTARIA DE ENGENHARIA S.A., prin VIAPONTE ROM S.R.L.....reprezentată legal*

prin [redacted] în calitate de Administrator, împuterniciți de Asociere pentru formularea contestației.";

b) *„Așadar, contestația a fost formulată de Asociere și depusă în numele acesteia de Viaponte ROM SRL, membru în Asociere, fiind evident semnată de reprezentantul legal al acesteia."* și

c) *„Așa cum am arătat mai sus contestatorul este Asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTARIA DE ENGENHARIA S.A.",* formată din 3 (trei) operatori economici.

11. Prin urmare, Asocierea China a recunoscut expres și în scris, în fața CNSC, faptul că însăși asocierea este contestatoare și nu unul dintre membrii asocierii (cum, evident eronat a înțeles Consiliul), iar asocierea este reprezentată în cauză printr-un alt membru al asocierii, Viaponte Rom (persoană juridică care nu are drept de reprezentare). Contestatori în cauză puteau fi doar unul dintre membrii asocierii, doi dintre aceștia sau chiar toți trei împreună, însă în niciun caz asocierea și cu atât mai puțin, asocierea, reprezentată prin unul dintre membri, dat fiind că:

a) Sub un prim aspect:

(i) Asocierea nu există ca entitate de sine-stătătoare din punct de vedere juridic: în scopul participării la o procedură de achiziție publică există posibilitatea ca mai mulți operatori economici să se asocieze, punând în comun resursele și încheind în acest sens un acord de asociere în participație. Acordul de asociere nu legitimează, însă, „asocierea" astfel creată ca persoană juridică și nici nu îi conferă acesteia personalitate juridică. De altfel, aceste aspecte rezultă în mod neechivoc și din clauza 2.3 din Acordul de asociere nr. 1/24.10.2017[12] încheiat între membrii Asocierii China potrivit căreia: ***„Asocierea nu are personalitate juridică și nu va putea fi tratată ca o entitate de sine stătătoare, neavând calitate de subiect de drept distinct (Art. 1951 Cod Civil)."*** (subl. ns.);

(ii) Asocierea în participație nu poate dobândi personalitate juridică. Potrivit art. 1.951 C.civ.: ***„Asocierea în participație nu poate dobândi personalitate juridică și nu constituie față de terți o persoană distinctă de persoana asociaților."***;

b) Sub un al doilea aspect, raportat la art. 56 C.pr.civ., poate fi parte în judecată orice persoană care are folosința drepturilor civile și asociațiile, societățile sau alte entități fără personalitate juridică, dacă sunt constituite potrivit legii. Or, din Acordul de asociere încheiat de membrii Asocierii China rezultă în mod neechivoc faptul că aceștia au format o asociere în participație, fără personalitate juridică, care nu este entitate de sine stătătoare, neavând calitate de subiect de drept distinct, astfel că această asociere nu are nici folosința drepturilor civile în sensul procesual civil, nefiind posibil a sta în

[12] Anexa nr. 4 - Acordul de asociere nr. 1/24.10.2017 încheiat între membrii Asocierii China.

judecată (nici în calitate de contestator / reclamant și nici în calitate de pârât); față de aceste aspecte, devin aplicabile dispozițiile art. 56 alin. (3) C.pr.civ. potrivit cărora *„actele de procedură îndeplinite de cel care nu are capacitate de folosință sunt lovite de nulitate absolută."* (subl. ns.);

c) Sub un al treilea aspect, potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 *„oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege."* (subl. ns.). Prin urmare, numai membrii unei asocieri (respectiv, societățile care compun asocierea) pot formula contestații / căi de atac în baza Legii nr. 101/2016, nu și asocierea formată în scopul participării la procedura de atribuire și a executării contractului. Prin urmare, din această perspectivă, Asocierea nu numai că nu are capacitate procesuală de folosință (dată fiind inexistența ei ca subiect de drept distinct ce ar putea avea drepturi civile), ci, mai mult, aceasta nu are nici calitate procesuală activă în promovarea contestației, câtă vreme Legea nr. 101/2016 conferă legitimare procesuală activă doar societăților care compun o asociere participantă într-o procedură de atribuire și nu asocierii în sine (care, neavând nici capacitate procesuală de folosință, cu atât mai puțin ar putea avea calitate procesuală);

d) Sub un al patrulea aspect, în raport de dispozițiile art. 84[13] C.pr.civ. și de Hotărârea prealabilă nr. 9/2016[14] pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, o persoană juridică nu poate fi reprezentată printr-o altă persoană juridică. În orice caz, contestatoarea a confirmat faptul că Asocierea însăși (și nu unul dintre membrii Asocierii) a promovat contestație, reprezentată fiind de Viaponte, astfel că excepțiile invocate sunt întemeiate.

12. Susținerile subscrisei sunt confirmate și la nivel jurisprudențial chiar de către Curtea de Apel București care, recent, prin Decizia civilă nr. 439A/13.03.2019, a statuat că o asociere de operatori economici nu are capacitate procesuală de folosință și nu poate sta în judecată:

„Asocierea reclamantă a fost constituită în aplicarea prevederilor art. 44 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. [...], reclamantei îi sunt aplicabile norme care, drept consecință a caracterului lor special, devin incidente cu prioritate.

Este necontestat în speță că asocierea reclamantă nu beneficiază de personalitate juridică. Ea își fundamentează demersul pe prevederile art. 56 alin. (2) C.pr.civ., potrivit cărula «pot sta în judecată asociațiile, societățile sau alte entități fără personalitate juridică, dacă sunt constituite conform legii».

---

[13] Art. 84 alin. (1) C.pr.civ.: *„Persoanele juridice pot fi reprezentate convențional în fața instanțelor de judecată numai prin consilier juridic sau avocat, în condițiile legii."*

[14] Hotărârea prealabilă nr. 9/2016 pronunțată de ÎCCJ: *„În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 84 alin. (1) din Codul de procedură civilă, cererea de chemare în judecată și reprezentarea convențională a persoanei juridice în fața instanțelor de judecată nu se pot face prin mandatar persoană juridică, nici prin consilierul juridic sau avocatul acesteia din urmă."* (subl. ns.)

În interpretarea textului citat, Curtea reține că, pentru ca acesta să devină aplicabil, este necesară existența unor norme care să reglementeze constituirea unor entități. Chiar în lipsa personalității juridice, noțiunile de «entitate» și «constituire» implică, prin ele însele, o minimă reglementare a unui subiect distinct, apt să funcționeze în mod autonom. [...]. Din analiza textului invocate de apelantă rezultă că acesta nu reglementează decât un drept de asociere contractuală, facultativă pentru operatorii economici vizați, asociere realizată exclusiv cu scopul de a depune candidatură sau ofertă comună. [...]. Faptul că, potrivit contractului încheiat între părți, asocierea beneficiază de anumite organe precum coordonatorul de proiect, consiliul de conducere, departamentul de proiect sau echipa tehnică, nu prezintă relevanță, câtă vreme izvorul acestei organizări interne îl constituie exclusiv voința părților, iar nu legea. De asemenea, faptul că membrii asocierii răspund solidar față de autoritatea contractantă nu este un argument juridic apt să susțină faptul că această asociere produce efecte și dincolo de momentul încheierii contractului de asociere. Solidaritatea între membrii asocierii derivă dintr-o dispoziție legală expresă, iar nu din asociere ca atare.

În ceea ce privește liderul asocierii, acesta figurează în acțiune în calitate de reprezentant al asocierii, astfel încât susținerile legate de dreptul de reprezentare al acestuia și de capacitatea sa procesuală sunt relevante exclusiv în ceea ce privește puterea sa de reprezentare, fără a influența chestiunea juridică a capacității procesuale de folosință a asocierii, ce face obiectul prezentului apel."

13. În concluzie:

- Excepția lipsei capacității procesuale de folosință a Asocierii contestatoare se impunea a fi admisă în temeiul art. 56 C.pr.civ. raportat la art. 1.951 Cod civil, dat fiind că Asocierea nu există din punct de vedere juridic ca subiect de drept distinct de persoana asociaților și nu are personalitate juridică;
- Urmare a admiterii excepției lipsei capacității procesuale de folosință, instanța de control judiciar urmează a constata nulitatea absolută a tuturor actelor de procedură îndeplinite în cauză de Asocierea China, în raport de art. 56 alin. (3) C.pr.civ. și
- În subsidiar, Asocierea nu are nici calitate procesuală activă raportat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016. Potrivit acestui text legal special, calitate procesuală activă au doar membrii unei asocieri, nu și asocierea însăși care, nefiind subiect de drept distinct, nu poate promova nici acțiuni în justiție.

C. DECIZIA CNSC ÎNCALCĂ PRINCIPIUL TRATAMENTULUI EGAL ȘI NEDISCRIMINĂRII. INEXISTENȚA OBLIGAȚIEI CNAIR DE A SOLICITA CLARIFICĂRI

14. Fără a relua argumentele prezentate în cererea de intervenție (și notele scrise ulterioare) referitoare la inexistența obligației CNAIR de a solicita clarificări, arătăm că Decizia CNSC și, respectiv obligarea CNAIR la a solicita, Asocierii China, clarificări în legătură cu Documentul constatator și de a îi permite acesteia depunerea unor documente noi (care nu au fost inițial

prezentate comisiei de evaluare, Asocierea China preferând să ascundă cazul de excludere în care se afla) ar conduce o modificare și completare nepermisă a ofertei, respectiv modificarea aspectelor inițial declarate în legătură cu condițiile de participare, conduită care încalcă în mod grav principiul tratamentului egal și nediscriminării reglementat de art. 18[15] din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind achizițiile publice, astfel cum a fost acesta interpretat prin jurisprudența obligatorie a Curții de Justiție a Uniunii Europene din cauzele:

(i) Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodzivo Lodzkie, C -387/14 („Cauza Esaprojekt") (Anexa 5):

„1. Articolul 51 din Directiva 2004/18 a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, de bunuri și de servicii coroborat cu articolul 2 din această directivă trebuie interpretat în sensul că se opune ca după expirarea termenului acordat pentru depunerea candidaturilor pentru un contract de achiziții publice, un operator economic să transmită autorității contractante pentru a dovedi că îndeplinește condițiile de participare la o procedură de achiziții publice, documente care nu figurează în oferta sa inițială, cum ar fi un contract executat de o entitate terță, precum și angajamentul acesteia din urmă de a pune la dispoziția acestui operator capacitățile și resursele necesare pentru executarea contractului în cauză." (subl. ns.)

(ii) Cartiera dell'Adda SpA împotriva CEM Ambiente SpA, C-42/13 („Cauza Cartiera") (Anexa 6):

„Articolul 45 din Directiva 2004/18 a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (CE) nr. 1177/2009 al Comisiei din 30 noiembrie 2009, coroborat cu articolul 2 din aceasta, precum și cu principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că nu se opun excluderii unui operator economic de la o procedură de atribuire pentru motivul că acest operator nu a respectat obligația, prevăzută în documentatele achiziției, de a anexa la oferta sa, sub sancțiunea excluderii, o declarație potrivit căreia persoana desemnată în această ofertă drept director tehnic al operatorului menționat nu face obiectul unei proceduri sau al unei condamnări penale, chiar dacă, la o dată ulterioară expirării termenului acordat pentru depunerea ofertelor, o astfel de declarație a fost comunicată autorității contractante sau se demonstrează că acestei persoane i s-a atribuit din eroare calitatea de director tehnic." (subl. ns.)

---

[15] Art. 18 din Directiva 2014/24/UE: *„Autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporționată."*

(iii) Partner Apelski Tarnasz Inwestycje Zarząd Oczyszczania Miasta „C-124/14 I, Ciuta Zarad") - (Anexa 7):

„autoritatea contractantă nu poate permite unui operator economic să precizeze astfel oferta sa inițială, în caz contrar încălcându-se principiile egalității de tratament și nediscriminării operatorilor economici, precum și obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 43) - parag. 69."

15. În contextul jurisprudenței CJUE anterior citată, Decizia CNSC încalcă în mod grav principiul tratamentului egal și nediscriminării, dat fiind că:

(i) Sub un prim aspect, art. 171 și art. 209 din Legea nr. 98/2016 nu sunt incidente în speță. Aplicabilitatea celor două texte legale nu poate interveni oricând și oricum, în orice condiții ci presupune ca, în prealabil, ofertantul care se află într-o situație de excludere să indice în Formularul DUAE situația de excludere în care se află și să explice, eventual, motivele pentru care, totuși, nu ar trebui să fie exclus. În speță, însă, Asocierea China a declarat informații eronate / false în cuprinsul Formularului DUAE al asociatului Viaponte, menționând că nu se află în cazul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016[16].

Câtă vreme Asocierea China a ascuns realitatea, renunțând astfel la dreptul de a se prevala de art. 171 din Legea nr. 98/2016 și de a depune dovezi care să susțină credibilitatea asociatului Viaponte Rom, rezultă că CNAIR a procedat în mod corect la excluderea acestui ofertant din cadrul Procedurii de atribuire. În aceste condiții, CNAIR nu avea obligația de a solicita Asocierii China explicații și documente în dovedirea credibilității asociatului Viaponte Rom S.R.L.

Singurul caz în care Autoritatea contractantă ar fi avut dreptul (și nicidecum obligația) de invita ofertantul să completeze sau să clarifice documentele justificative prezentate ca dovadă a informațiilor cuprinse în Formularul DUAE era cel în care Asocierea China ar fi adus la cunoștința CNAIR cazul de excludere. Însă, nici în acea potențială situație, nu ar fi fost aplicabile dispozițiile art. 171 și / sau ale art. 209 din Legea nr. 98/2016, ci cele ale art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 care reglementează expres și special situația documentelor justificative prezentate în susținerea informațiilor cuprinse în DUAE și care prevede că:

---

[16] În Formularul DUAE completat de către asociatul Viaponte, la secțiunea *„Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior"*, a fost bifat răspunsul „NU", în pofida existenței, la data completării Formularului DUAE, a Documentului constatator emis pe numele Asocierii ICM SpA - Viaponte Rom S.R.L., asociere din care (chiar și numai formal așa cum susține contestatoarea) a făcut parte Viaponte Rom S.R.L.

„Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2)." (subl. ns.)

Pentru a proceda astfel, Autoritatea contractantă trebuie, însă, să fie în mod corect și complet informată, să îi fie adus la cunoștință potențialul caz de excludere, pentru ca, în deplină cunoștință de cauză și ulterior verificării documentelor, să poată lua o decizie corectă. Cazul din speță este fundamental diferit, date fiind informațiile false și lipsa oricăror documente suport care să fi fost prezentate Autorității contractante.

(ii) Sub un al doilea aspect, CNAIR ar fi încălcat principiul tratamentului egal și al nediscriminării dacă ar fi solicitat Asocierii China explicații și documente în dovedirea credibilității asociatului Viaponte Rom S.R.L. În contextul în care Asocierea China a prezentat Autorității contractante informații false / eronate în legătură cu existența cazului de excludere, CNAIR nu ar fi putut, în mod legal, solicita acesteia clarificări referitoare la o situație fundamental diferită față de cea declarată de către însuși ofertant; în caz contrar, acestui ofertant i s-ar fi creat un avantaj evident și contrar principiul tratamentului egal și nediscriminării, câtă vreme: (i) Asocierea China nu a indicat potențialul caz de excludere prin Formularul DUAE și (ii) nu a prezentat absolut niciun document în dovedirea credibilității asociatului Viaponte Rom S.R.L., preferând să ascundă această situație, în speranța că va trece neobservată;

(iii) Sub un al treilea aspect, jurisprudența CJUE se opune vehement posibilității ofertanților de a modifica aspectele inițial declarate și de a prezenta documente noi ulterior datei-limită de depunere a ofertelor, un astfel de comportament fiind necesar a fi sancționat cu excluderea, în viziunea jurisprudenței CJUE, obligatorie dat fiind că face parte din aquis-ul comunitar. Or, prin decizia pronunțată, CNSC a confirmat, contrar jurisprudenței constante a CJUE, posibilitatea ofertantului de a depune oricând și oricum, în orice condiții, documente noi care nu numai că nu au fost depuse odată cu oferta ci mai mult, au fost ascunse Autorității contractante prin ascunderea cazului de excludere sau, cel puțin, au fost considerate irelevante de către ofertant în contextul nedepunerii / nemenționării lor în Formularul DUAE. În acest context, precizăm că absolut toate documentele în susținerea pretinsei credibilități a asociatului Viaponte Rom S.R.L. au fost prezentate, pentru prima oară, exclusiv în etapa contestației, iar Decizia CNSC se raportează strict la existența acestor documente. Cu alte cuvinte, prin Decizia sa, CNSC confirmă faptul că un comportament necorespunzător față de Autoritatea contractantă nu numai că rămâne nepedepsit ci, mai mult, este de natură a deschide calea reevaluării ofertei, dat fiindcă tot Autorității contractante îi revine culpa pentru declarațiile eronate / false ale ofertanților (I).

D. DECIZIA DE EXCLUDERE ESTE TEMEINICĂ ȘI LEGALĂ. SUNT ÎNDEPLINITE CONDIȚIILE PENTRU EXCLUDERE

D.1. Sunt întrunite condițiile de excludere a Asocierii China Viaponte

16. CNSC a refuzat să analizeze dacă în speță sunt îndeplinite condițiile pentru incidența cazului de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, insistând, în mod eronat, pe analiza de către CNAIR a documentelor noi, depuse de către Asocierea China pentru prima oară în etapa soluționării contestației.

17. Am demonstrat prin cererea de intervenție faptul că, în speță, sunt întrunite toate condițiile cumulative, prevăzute de lege pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, respectiv:

a) încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale - condiție îndeplinită: Contractul de lucrări a fost reziliat, beneficiarul CNAIR aplicând penalități de pentru neîndeplinirea culpabilă, de către Antreprenorul ICM SpA - Viaponte Rom S.R.L., a activității principale de . Încălcarea este gravă, dată fiind sancțiunea rezilierii care intervine în situația unei astfel de încălcări și cuantumul prejudiciului nerecuperat produs;

b) încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unui contract de achiziții publice - condiție îndeplinită: activitatea de proiectare era o activitate principală (lucrările necesare nefiind posibil a fi fost executate în lipsa activității de a acestora) și a intervenit în derularea unui contract de achiziții publice;

c) încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus, alternativ, la una din următoarele consecințe (sancțiuni): (i) încetarea anticipată a respectivului contract, (ii) plata de daune-interese sau (iii) alte sancțiuni comparabile - condiție îndeplinită: încălcarea gravă a obligațiilor în Contractul de lucrări a condus la rezilierea acestuia de către beneficiarul CNAIR și, suplimentar, și la aplicarea de daune interese, sub formă de penalități. În orice caz, era suficient din perspectiva îndeplinirii condițiilor, să fi intervenit chiar numai una dintre sancțiunile posibile (reziliere sau plata de daune-interese sau alte sancțiuni similare).

18. În ceea ce privește noțiunea de dovezi privind *„măsuri adecvate"* pe care operatorul economic le-ar fi putut furniza pentru a demonstra că nu se face vinovat de cauzele care au condus la excluderea acestuia (însă, pe care, în speță, a preferat să nu le prezinte Autorității contractante), potrivit art. 171 alin. (3) din legea nr. 98/2016, acestea 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."

19. Însă, nici din cuprinsul contestației, nici din documentele depuse la CNSC în dovedirea pretinsei credibilități a asociatului Viaponte S.R.L. și, cu atât mai puțin, din Decizia CNSC nu rezultă că operatorul economic ar fi luat (încercat măcar să ia) vreo măsură de tipul celor indicate în Legea nr. 98/2016 pentru a-și îndeplini obligațiile, dând dovadă de o totală pasivitate în cadrul Contractului de lucrări anterior executat necorespunzător. Dimpotrivă, Viaponte *„s-a scuzat"*, invocând faptul că ar fi fost „eliminat" din Contractul de lucrări fără voia sa (cu toate acestea, a semnat un nou Acord de asociere prin care și-a diminuat cota de participare la , pe care nu i-a adus niciodată la cunoștința CNAIR - acest aspect rezultând cu prisosință din Documentul constatator unde CNAIR a menționat cotele de participare inițiale, singurele pe care le cunoștea), fără însă a prezenta și o situație a demersurilor efectiv întreprinse pentru a își aduce la îndeplinire obligațiile asumate față de CNAIR (adrese către liderul asocierii, adrese către CNAIR, acțiuni în instanță cu scopul de a fi „lăsat" să execute partea sa din contract etc.). Dacă o astfel de situație de fapt ar fi validată de către instanță, s-ar crea un precedent extrem de periculos al exonerării de răspundere a acelui asociat care, deși și-a asumat solidar responsabilitatea executării obligațiilor, ar proceda la reducerea cotei sale. Asumarea obligațiilor inițiale ar deveni pur potestativă din partea acelor asociați care, prin înțelegerea ocultă ulterioară semnării contractului, s-ar putea exonera de răspunderea inițial asumată.

20. În mod similar, culpa pentru pretinsa necunoaștere a existenței Documentului constatator aparține Viaponte, nicidecum CNAIR. Documentul constatator se emite în legătură cu contractul și pe numele asocierii (nu pe numele unuia dintre membri), acesta fiind transmis, de regulă, liderului asocierii (liderul este desemnat de către membrii asocierii tocmai în considerarea asigurării unei comunicări eficiente și organizate între autoritate contractantă și membrii asocierii). Relațiile dintre membrii unei asocieri, precum și actele interne ale acestora nu sunt opozabile autorității contractante care nu poate fi ținută răspunzătoare pentru degradarea relațiilor comerciale dintre entitățile - membre ale unei asocieri.

21. Oricum, formele de publicitate obligatorii, care însoțesc emiterea unui astfel de document, au tocmai rolul de a obiectiviza răspunderea celor la care se referă (precum și a terților), neflind posibilă invocarea propriei culpe, a propriei necunoașteri sau a propriei pasivități pentru a eluda răspunderea. A deveni parte într-un contract de achiziție publică presupune, dincolo de beneficii, și responsabilități; a urmări și a te asigura că evoluția lucrărilor este conformă reprezintă principala obligație a executantului unui astfel de contract. Beneficiarul, autoritate publică, nu poate deveni responsabil pentru înțelegerile oculte ale asociaților (care, oricum, nu îi sunt opozabile) și nici vinovat pentru pasivitatea operatorului economic care, în esență, pretinde că, deși nu și-a executat respectivele obligații, tot Beneficiarul ar fi responsabil să îl informeze și clarifice cu privire la situația rezultată din propria conduită.

22. În concret:

a) Asocierea China susține că nu ar fi avut nicio implicare în contract, respectiv că nu ar fi desfășurat nicio activitate, în pofida faptului că a păstrat *„in mod formal"* o cotă de participare (!); se invocă faptul că măsura de a rămâne formal implicată a fost luată în considerarea riscului de anulare / reziliere a acestuia. Pe de altă parte, Viaponte a girat această situație care a condus în final la rezilierea contractului, prin neîndeplinirea obligațiilor proprii pe care și le-a asumat la momentul semnării contractului. Din cele relatate prin contestație rezultă, mai degrabă, că cei doi asociați s-au înțeles de la bun început să execute contractul într-o altă manieră decât cea declarată, participând în această formulă doar pentru a îndeplini cerințele de calificare (cel mai probabil, cele de experiență similară). Aceste situații, însă, nu sunt opozabile CNAIR care, în final, a fost forțată să rezilieze un contract de achiziție publică și să suporte un prejudiciu în valoare de tocmai datorită unor înțelegeri oculte ale părților; <u>în aceste condiții, buna-credință și, respectiv, „credibilitatea" Viaponte sunt, desigur, excluse</u>. Chiar dacă implicarea Viaponte în acel contract ar fi rămas doar formală, această situație nu este opozabilă CNAIR, față de autoritatea contractantă, Asocierea ICM SpA - Viaponte aflându-se tocmai în situația de nerespectare gravă a obligațiilor asumate care fundamentează excluderea;

b) Viaponte Rom S.R.L. a recunoscut în mod expres că nu și-a îndeplinit obligația de proiectare în contract, fără să fi arătat și eventuale demersuri întreprinse pentru a sesiza beneficiarului pretinsa obstrucționare. Există, desigur, remedii și acțiuni pe care membrii unei asocieri le pot accesa atunci când, din motive obiective, se află în imposibilitatea executării propriilor obligații; nicio astfel de dovadă nu a fost prezentată și, de altfel, nici nu ar mai putea fi prezentată la acest moment în actuala procedură de atribuire.

D.2. *Membrii unei asocieri răspund solidar în fața Autorității contractante*

23. În practică, în ipoteza încheierii contractului de achiziție publică cu o asociere fără personalitate juridică, documentul constatator se emite pe numele asocierii, inclusiv în considerarea dispozițiilor art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 *„[î]n cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, precum și cea privind situația economică și financiară, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru."* (subl. ns.)

24. <u>Solidaritatea membrilor unei asocieri pentru executarea corespunzătoare a contractului de achiziție publică este confirmată atât de doctrină, cât și de jurisprudență:</u>

„Membrii asocierii își păstrează individualitatea ca subiecți de drept, însă sunt obligați să răspundă solidar față de autoritatea contractantă pentru modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale. Solidaritatea pasivă presupune practic că fiecare membru al

asocierii este răspunzător nu doar pentru faptele proprii, ci și pentru cele ale celorlalți membri ai asocierii de ofertanți."[17] *(sub ns.);*

„Pentru a pronunța această soluție, Curtea are în vedere, pe de o parte, principiul solidarității asociaților, actul elaborat de lider obligând și pe ceilalți membri ai asocierii în raporturile cu autoritatea contractantă (...)"[18] *(sub ns.);*

„Prin urmare, cât vreme în cadrul unei asocieri fiecare dintre asociați răspunde solidar cu ceilalți (...)"[19] (sub ns.);

25. Prin urmare, chiar în contextul unei lipse de implicare în Contractul de lucrări a asociatului Viaponte Rom S.R.L., situația tot nu ar fi de natură a conduce la absolvirea acestuia de responsabilitate pentru modalitatea defectuoasă de executare, legea instituind în sarcina asociaților o răspundere solidară care nu poate fi înlăturată nici prin voința unuia dintre membrii unei asocieri, nici prin cea a autorității contractante și, oricum, în niciun caz, ca urmare a diminuării cotei de participare, ori a lipsei de implicare în contract[20].

D.3. **Documentul constatator se bucură de prezumția de legalitate**

26. Potrivit art. 166 alin. (1) din H.G. 394/2016 *„autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii"*.

27. Scopul documentului constatator este tocmai acela de a institui un sistem eficient de apărare împotriva conduitei incorecte a operatorilor economici în cadrul contractelor de achiziții publice, motiv pentru care legiuitorul a acordat autorităților contractante dreptul de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, atunci când se află în posesia unui document constatator care atestă neîndeplinirea obligațiilor contractuale într-un contract de achiziții publice.

---

[17] http://www.revista-achizitii.ro/index.php/particularitati-ale-actorului-de-asociere-utilizat-in-procedurile-de-achizitie-publica accesat la 11.08.2017;

[18] Decizia civilă nr. 3195/17.04.2014 citată în *Jurisprudență în materia achizițiilor publice - Volumul V*, Dumitru-Daniel Șerban, Editura Hamangiu 2015, pag. 212;

[19] Decizia civilă nr. 3882/R-CONT/13.10.2014.2014 citată în *Jurisprudență în materia achizițiilor publice - Volumul V*, Dumitru-Daniel Șerban, Editura Hamangiu 2015, pag. 494;

[20] Relevantă în acest sens este și opinia ANAP potrivit căreia: *„Atribuirea unui contract de achiziție publică în conformitate cu O.U.G nr. 34/2006, se realizează prin promovarea unui cadru concurențial, în condiții de tratament egal între operatorii economici participanți la procedura de atribuire. În același timp, contractul de achiziție publică se încheie în baza regulilor și cerințelor solicitate în documentația de atribuire aferentă procedurii, reguli și cerințe cărora li s-a făcut publicitate tocmai în scopul respectării principiilor anterior menționate, respectiv principiul promovării liberei concurențe și cel al garantării tratamentului egal. În cazul asocierii operatorilor economici, conform art. 44 din O.U.G. nr. 34/2006, aceasta presupune faptul că doi sau mai mulți operatori economici se învoiesc să pună ceva în comun în scopul desfășurării unei activități comerciale sau în scopul săvârșirii unei sau unor operațiuni comerciale, urmând ca fiecare dintre părți să participe la beneficiile și pierderile activității sau operațiunii propuse. Așadar, atunci când mai mulți furnizori, prestatori sau executanți se asociază cu scopul de a depune ofertă/candidatură comună, aceștia își asumă în mod solidar obligația pentru respectiva ofertă și răspund împreună pentru orice consecințe ale viitorului contract de achiziție publică"*[20] (subl. ns.)

28. Documentul constatator este un act administrativ cu forță obligatorie, care produce efecte juridice până când este anulat în mod definitiv de o instanță judecătorească, aspect confirmat de jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată[21].

29. Un alt aspect care demonstrează faptul că situația de fapt reținută în cuprinsul Documentul constatator este temeinică și legală este faptul că, în litigiul având ca obiect anularea acestuia, respectiv în dosarul nr. 9594/3/2018, Tribunalului București a respins acțiunea ca neîntemeiată. Sentința pronunțată de către Tribunal are, în temeiul art. 430 alin. (3) C.pr.civ., autoritate de lucru judecat provizorie.

30. În fine, măsura excluderii este legală inclusiv din perspectiva faptului că Autoritatea contractantă nu putea risca să mențină în Procedura de atribuire un proiectant (i.e. Viaponte) care: (i) a agreat, ulterior semnării contractului, împreună cu asociatul său, lider, o cotă de participare diferită față de cea inițială (singura, de altfel, adusă la cunoștința Autorității contractante); (ii) a ascuns această modificare față de Autoritatea contractantă; (iii) nu s-a implicat deloc în execuția Contractului de lucrări care a fost reziliat tocmai din cauza deficiențelor constatate în legătură cu serviciile de proiectare ce se aflau în sarcina Viaponte; (iv) a prezentat informații false în DUAE, contrar art. 167 alin. (1) lit. h); (v) deține un Document constatator emis într-un contract reziliat din culpa sa pentru neîndeplinirea obligațiilor de proiectare asumate pe care omite, însă, să îl menționeze, fiindu-i aplicabile deopotrivă și dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

---

[21] Exemplificativ, indicăm următoarele decizii de speță:

„Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act **administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate,** *trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea 554/2004. Având în vedere, pe de o parte, că art. 181 lit. c1) din ordonanță nu impune, ca și condiție obligatorie, existența unei hotărâri definitive și irevocabile pentru documentul constatator, iar pe de altă parte, faptul că documentul constatator este un act administrativ ce are caracter executoriu dacă nu a fost suspendat de instanță, Consiliul consideră că dispozițiile acestuia produc efecte din momentul emiterii lui."* (subl. ns.) - a se vedea: http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/ke/2013/KO2013_3152.pdf

„Astfel, de vreme ce documentul constatator nu a fost anulat prin decizia definitivă a instanței de judecată, el produce efecte, situație în care, în cazul asocierii, este incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin.1 lit. g din Legea nr.98/2016. Orice act **administrativ se bucură** *de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ. De aceea, documentul constatator nr....se bucură, până la suspendarea aplicării lui sau a anulării, ceea ce nu s-a întâmplat încă, de prezumție de legalitate. Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat de excluderea din procedură în cazul prevăzut la art.167 alin.1 lit. g de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator. Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, lor aceste încălcări au dus la încetarea anticipată are respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni complementare. Or, în cazul contestatorului există emis un document constatator care consemnează caracterul grav al neexecutării obligațiilor contractuale."* (subt. ns.)

31. Din argumentele expuse sinteticmai sus, rezultă caracterul temeinic și legal al Deciziei de excludere ofertei contestatoarei, situație față de care se impune admiterea prezentei plângeri.

Pentru toate considerentele anterior expuse, vă solicităm să admiteți prezenta plângere astfel cum a fost formulată.

În drept, ne întemeiem prezenta plângere pe dispozițiile art. 29 și următoarele din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate celelalte dispoziții legale la care am făcut referire în cuprinsul prezentului document.

Probe: înscrisurile la care ne-am referit în prezenta plângere și pe care le atașăm prezentei, precum și înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Atașăm prezentei contestații, <u>în original</u>, recipisa nr. 205383904/1 din data de 11.04.2019 de consemnare a cauțiunii în valoare de 110.000 lei (Anexa nr. 8). Cauțiunea a fost calculată în conformitate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (4) raportat la alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016.

Cu deosebită considerație,

Asteldi SpA

prin S.C.A. Țuca Zbârcea & Asociații

