724

ȚUCA ZBÂRCEA
ASOCIAȚII

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
17 IUL. 2019
Nr. înregistrare 921 49961

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
REGISTRATURĂ
CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL
Repartizare Secție ... 8
Nr. Dosar ... 4076/2/2019
Primit azi ... 16.07.2019
GREFIER,

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, etapele de evaluare a propunerii tehnice și financiare, 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: [illegible],

în contradictoriu cu **intimata Viaponte Rom S.R.L.** („**Viaponte**"), 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 RO48OTPV0000000000496161, deschis la OTP Bank, reprezentată legal prin dl. Vlad Chiotan, în calitate de Administrator, cu sediul ales pentru comunicarea oricărei corespondențe în București, str. Munții Tatra nr. 12, bl. A, et. 2, ap. 6, sector 1 (la sediul Cabinetului individual de avocat „Burz Pînzaru Casandra Elena"), telefon de contact: 0733.955.903, e-mail: [illegible],

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

---

[1] **Anexa nr. 1** - Împuternicire avocațială.

Head Office Șoseaua Nicolae Titulescu nr. 4-8, America House, Aripa de Vest, etaj 8, sector 1, 011141, București, România
T +4 021 204 88 90 / F +4 021 204 88 99 / E office@tuca.ro / www.tuca.ro

T2/A

PLÂNGERE

împotriva Deciziei CNSC nr. 1086/C5/893/894 din data de 04.07.2019[2] („**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 Viaponte Rom S.R.L. -ca nefondată, cu consecința admiterii cererii de intervenție promovate de către Astaldi în interesul CNAIR astfel cum a fost formulată,

pentru următoarele:

MOTIVE

I. CONTEXTUL LITIGIOS

A. ORGANIZAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE. EXCLUDEREA OFERTEI ASOCIERII CHINA-VIAPONTE

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 („**Prima Decizie de excludere**")[3] în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g)[4] și alin. (8)[5] din Legea nr. 98/2016. Această Primă Decizie de excludere a fost contestată de către Asocierea China, fiind soluționată în sensul admiterii sale prin Decizia CNSC nr. 509/C5/380/386 din data de 02.04.2019[6] rămasă definitivă, Consiliul obligând CNAIR să solicite ofertantului clarificări privind incidența cazului de excludere și să permită acestuia să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere;

   c) Conformându-se Deciziei CNSC, prin Adresa nr. 13B/3339/18.04.2019 („**Solicitarea de clarificări**")[7], Autoritatea contractantă a solicitat Asocierii China clarificările pe care CNSC le-a considerat necesare în legătură cu cazul de excludere incident. În concret,

---

[2] **Anexa nr. 2** - Decizia CNSC nr. 1086/C5/893/894 din data de 04.07.2019.

[3] **Anexa nr. 3** - Adresa CNAIR nr. 13B/1661/01.03.2019.

[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, iar 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] **Anexa nr. 4** - Decizia CNSC nr. 509/C5/380/386/02.04.2019.

[7] **Anexa nr. 5** - Solicitarea de clarificări adresată de către CNAIR ofertantului Asocierea China.

CNAIR a solicitat Asocierii China să prezinte dovezi care să arate că măsurile luate de aceasta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;

d) Întrucât dovezile furnizate de către Asocierea China nu au fost concludente în raport de prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016[8], Autoritatea contractantă a apreciat că răspunsul Asocierii China este neconcludent, aceasta nefiind aptă să demonstreze în concret credibilitatea sa prin raportare la motivul de excludere incident, emițând, în consecință, decizia de excludere ce a fost comunicată Asocierii prin Adresa CNAIR nr. 13B/3923/10.05.2019 („**Cea de-a doua Decizie de excludere**")[9] în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g)[10] și alin. (8)[11] din Legea nr. 98/2016;

e) La baza acestei Celei de-a doua Decizii de excludere a stat eșecul Asocierii China de a prezenta dovezi prin care să demonstreze în concret credibilitatea operatorului economic Viaponte, în privința căruia este incident cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ca urmare a încălcării grave a obligației principale de proiectare asumate prin 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**"). Această situație este confirmată și prin documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 („**Documentul constatator**")[12] emis de către aceeași autoritate contractantă, CNAIR, pentru **Asocierea ICM SpA**[13] - **Viaponte Rom S.R.L.** („**Antreprenorul**"), din care rezultă următoarele:

(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 6.640.000 lei, 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

---

[8] **Anexa nr. 6** - Răspunsul Asocierii China la Solicitarea de clarificări.

[9] **Anexa nr. 7** - Adresa CNAIR nr. 13B/3923/10.05.2019.

[10] **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, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;"*

[11] **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."*

[12] Anexa nr. 8 - Documentul constatator emis pe numele Asocierii ICM SpA - Viaponte Rom S.R.L.

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

de a se conforma cerințelor de remediere semnalate de către Beneficiar în chiar partea de activitate care vizează asociatul Viaponte Rom S.R.L[14].

f) În Cea de-a doua Decizie de excludere se precizează faptul că excluderea ofertei Asocierii China din Procedura de atribuire a intervenit ca urmare a:

(i) Furnizării de informații false/eronate în cuprinsul formularului DUAE[15] care au condus, implicit, la renunțarea la dreptul de furniza dovezi dintre cele prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016. Prin declararea unor informații false în formularul DUAE, Asocierea nu numai că nici măcar nu a încercat să își demonstreze credibilitatea, ci mai mult, a încercat chiar să ascundă adevărul în ceea ce privește situația asociatului Viaponte, respectiv faptul că pe numele acestuia exista deja emis Documentul constatator;

(ii) Prezumției de legalitate de care se bucură Documentul constatator până la anularea acestuia printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare. 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 de către Antreprenorul ICM SpA - Viaponte Rom S.R.L. a obligațiilor fiind confirmată cu putere de lucru judecat (provizorie);

(iii) Recunoașterii expresă, de către asociatul Viaponte, a faptului că nu și-a îndeplinit obligațiile în Contractul în legătură cu care a fost emis Documentul constatator (i) și eșecul de a prezenta dovezi, dintre cele prevăzute la art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016. Prin răspunsul furnizat la Solicitarea de clarificări, Viaponte a recunoscut în mod expres faptul că nu și-a îndeplinit obligația de proiectare, singurul motiv invocat în apărarea fiind acela că ar fi fost exclus de la activitățile Contractului de lucrări de către liderul asocierii, fără să demonstreze, în concret, care sunt măsurile efective pe care le-a întreprins pentru a-și asigura implicarea în activitățile Contractului și îndeplinirea activităților asumate la momentul

---

[14] 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.).

[15] 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.

TZA

semnării acestuia, cu atât mai mult cu cât prevederile legale anterior menționate au în vedere măsuri de autocorecție ulterioare emiterii Documentului constatator și nu anterioare sau concomitente;

(iv) Răspunderii solidare a membrilor asocierii, care nu poate fi înlăturată prin nicio convenție a părților, prin urmare nici prin Acordul de asociere[16] încheiat între ICM SpA și Viaponte Rom S.R.L. care, la art. 6, stipulează faptul că membrii Asocierii și-au asumat faptul că vor răspunde solidar și individual în ceea ce privește toate obligațiile și responsabilitățile ce decurg din sau în legătură cu Contractul de lucrări; oricum solidaritatea membrilor asocierii este reglementată prin lege[17] și nu poate fi înlăturată prin convenția părților.

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

B.1. Contestația promovată de către Viaponte

2. Împotriva Deciziei de excludere a promovat contestație Viaponte și, fără a nega situația de fapt reținută în cuprinsul Documentului constatator (ci, dimpotrivă, recunoscând-o), 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 pentru că, în realitate, nu ar fi avut nicio implicare în Contract, în pofida faptului că este unul dintre membrii Asocierii care a participat la licitație și care a semnat Contractul de lucrări în legătură cu care a fost emis Documentul constatator.

3. În susținerea acestei teze, contestatoarea a invocat, în esență, următoarele argumente:

a) În Contractul de lucrări anterior, societatea Viaponte nu ar fi derulat efectiv nicio activitate. Totuși din cuprinsul contestației (și a documentelor contractuale), a rezultat că acestuia îi revenea obligația de proiectare, fiind responsabilă în solidar cu asociatul său pentru executarea tuturor activităților prevăzute în Contractul de lucrări. Tot din cuprinsul contestației rezultă că Viaponte recunoaște și confirmă în mod indirect pasivitatea de care a dat dovadă față de pretinsa situație de excludere din Contractul de Lucrări. Chiar din situația de fapt prezentată de către contestatoare rezultă că aceasta nu a întreprins niciun demers legal în vederea stopării situației pretins a fi fost cauzate de către liderul asocierii din Contractul de Lucrări, *i.e.* ICM SpA. „Excluderea" Viaponte din Contractul de lucrări nu a fost abuzivă ori forțată, Viaponte dându-și girul în acest sens prin semnarea actului adițional la Acordul de asociere (prin care și-a diluat participația în asociere) și, ulterior, prin dezinteresul manifestat față de derularea

[16] Anexa nr. 9 - Acordul de asociere încheiat între ICM SpA și Viaponte Rom S.R.L. și Actul adițional.

[17] A se vedea art. art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia *„[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.)

Contractului de Lucrări, aceasta în condițiile în care răspunderea, în materia achizițiilor publice, este solidară, solidaritatea neputând fi înlăturată prin voința părților, ori prin diluarea participației la Contract;

b) Societatea Viaponte 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. Cu toate acestea, demersurile legale îndreptate împotriva Deciziei de reziliere a Contractului au fost inițiate de către ambii asociați, inclusiv deci de către Viaponte Rom S.R.L. care a semnat, prin Administrator Vlad Chiotan, cererea de arbitrare, iar demersurile de suspendare ale Documentului constatator au fost inițiate de Asociere anterior datei de depunere a oferte în prezenta Procedură de atribuire, ceea ce demonstrează că Viaponte cunoștea atât situația care a generat rezilierea Contractului, cât și existența Documentului constatator.

B.2. Cererea de intervenție accesorie a Astaldi SpA

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

a) Asocierea China-Viaponte se face vinovată de declarații false în cuprinsul formularului DUAE, ceea ce reprezintă în sine un motive de excludere. Având în vedere existența unui Document constatator pe numele Asocierii, aceasta avea obligația legală de a bifa răspunsul „DA" în cuprinsul formularului DUAE, de a prezenta contextul emiterii acestui document, având posibilitatea în cadrul aceluiași formular de a prezenta măsurile de corecție întreprinse prin care să își demonstreze credibilitatea. Nu numai că astfel de dovezi și explicații nu au fost prezentate către CNAIR, ci, mai mult, Asocierea China-Viaponte a declarat în fals în cuprinsul Formularului DUAE, sperând, probabil, ca CNAIR să nu sesizeze acest comportament profund nelegal; explicații și documente (care s-au dovedit, oricum, a fi insuficiente și neconcludente în raport de dispozițiile art. 173 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016) au fost furnizate abia prin Răspunsul la Solicitarea de Clarificări adresată de către CNAIR, după ce anterior Viaponte a „omis" în mod deliberat să devoaleze Autorității contractante existența Documentului constatator;

b) Răspunsul Asocierii China-Viaponte la Solicitarea de clarificări este neconcludent[18]. CNAIR a solicitat contestatoarei clarificări în legătură cu cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016. Răspunsul Asocierii China-Viaponte față de clarificarea adresată a fost neconcludent, ofertantul nefiind în măsură să justifice măsurile efectiv întreprinse pentru a își demonstra credibilitatea;

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

[18] Anexa nr. 10 - Procesul Verbal nr. 18 în care este consemnat răspunsul Asocierii China la solicitarea de clarificări.

(i) Obligația de proiectare din Contractul de Lucrări reziliat, ce revenea exclusiv Viaponte Rom S.R.L., reprezenta o obligație principală, în lipsa îndeplinirii activității de proiectare, nefiind posibil a fi îndeplinit obiectul Contractului (proiectare și execuție autostradă);

(ii) obligațiile încălcate au condus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități în cuantum de 6.600.000 lei; un asemenea prejudiciu adus unei autorități publice nu poate reprezenta o abatere minoră;

(iii) Asocierea China-Viaponte 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, aceasta a renunțat la acest drept, date fiind informațiile false declarate în Formularul DUAE completat în prezenta Procedură de atribuire;

(iv) Asocierea China-Viaponte a furnizat informații false în cuprinsul DUAE, prin omiterea mențiunii privind existența Documentului constatator;

(v) Asocierea China-Viaponte 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 și omițând în mod voit să menționeze și faptul că „excluderea" sa din Contractul de lucrări a fost în realitate agreată / acceptată și confirmată de către chiar Viaponte care a semnat Actul adițional la Acordul de asociere (oricum, Viaponte nu a fost în realitate exclus din Contract, ci doar și-a diminuat cota de participare); 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;

c) Solidaritatea legală a membrilor asocierii nu poate fi înlăturată prin convenția părților. Prin cererea de intervenție am demonstrat, prin raportare la reperele legale și jurisprudențiale relevante, faptul că membrii unei asocieri răspund 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;

d) Documentul constatator este un act administrativ care se bucură de prezumția de legalitate. 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.

TZA

B.3. Decizia pronunțată de către CNSC

5. Prin Decizia CNSC, contestația promovată de către Viaponte a fost în mod vădit nefondat admisă[19]. Din perspectiva caracterului întemeiat al prezentei plângeri, relevante sunt următoarele aspecte:

a) Decizia CNSC este contrară legislației naționale și unionale, precum și jurisprudenței CJUE în raport de care declararea de informații false în cuprinsul DUAE reprezintă un motiv de excludere al operatorului economic din procedura de atribuire. Consiliul a ignorat complet această situație, precum și argumentele Autorității contractante și ale subscrisei potrivit cărora disimularea realității faptice și juridice prin declararea unor informații false în formularul DUAE reprezintă în sine un motiv de excludere, reglementat distinct la art. 167 alin. (1) lit. h) sau i) în funcție de intenția de a furniza informații eronate / false)[20]. Aceste argumente nici măcar nu se regăsesc în motivarea Deciziei CNSC și nu este prezentată nicio explicație pentru care argumentele părților ar fi fost înlăturate. Ignorând această situație de excludere a operatorului economic, Decizia CNSC încalcă atât dispozițiile naționale și unionale, cât și jurisprudența CJUE așa cum dezvolta într-o secțiune ulterioară;

b) Decizia CNSC încalcă dispozițiile art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016. Prin Decizia contestată în prezenta cauză CNSC a validat, în mod nepermis, participarea la procedura de atribuire a unui operator economic care recunoaște în mod expres că nu a luat nicio măsură concretă pentru a își demonstra credibilitatea prin raportare la motivele care au fundamentat Decizia sa excludere din procedură. CNSC a validat în acest mod o conduită care s-ar fi impus a fi sancționată, respectiv pasivitatea operatorului economic și lipsa de implicare și diligență în executarea activităților Contractului de lucrări. Această situație este de natură a crea un precedent extrem de periculos pentru stabilitatea sistemului de achiziții publice, dat fiind că validează un comportament care este, în esență, contrar legii, respectiv participarea fictivă a unor operatori economic în cadrul unei asocieri în scopul de a adjudeca un contract de achiziție publică, urmat de retragerea unui asociat din contractul de asociere, ulterior semnării acestuia. Prin Decizia pronunțată în cauză, CNSC a girat conduita societății Viaponte, în pofida faptului că aceasta nu a furnizat nicio dovadă în sensul celor menționate la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 pentru a își demonstra credibilitatea. Dovezi nu au fost depuse nici în legătură cu

---

[19] Totodată, contestația formulată de către subscrisa, ca face obiectul dosarului nr. 894/2019, a fost admisă parțial de către CNSC (această din urmă soluție nu face obiectul plângerii Astaldi, acesta fiind motivul pentru care am solicitat modificarea Deciziei CNSC numai în parte).

[20] Art. 167 alin. (1) lit. h) și i) 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 din următoarele situații: h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate; i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic* "

Contractul de lucrări și nici în legătură cu organizarea internă a Viaponte, ulterior eșecului înregistrat în Contractul de lucrări, soldat cu rezilierea acestuia și aplicarea de penalități;

c) Decizia CNSC încalcă prevederile legale care reglementează solidaritatea membrilor asocierii. Decizia CNSC stabilește un precedent extrem de periculos prin ignorarea prevederilor legale și imperative care reglementează solidaritatea membrilor Asocierii. Scopul instituirii solidarității legale a membrilor unei asocieri este tocmai acela de a pune la adăpost autoritățile contractante și, respectiv, banul public în aplicarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice și de a asigura autoritatea contractantă că îndeplinirea obligațiilor contractuale va fi executată de către oricare dintre asociați și că oricare dintre aceștia va fi răspunzător pentru executarea contractului față de Autoritatea contractantă, fiind dator totodată să repare orice prejudiciu care decurge din executarea necorespunzătoare a unui contract de achiziții publice, chiar dacă nu respectivul, ci unul din cocontractanții săi au cauzat acel prejudiciu. Solidaritatea pasivă presupune faptul că fiecare membru al asocierii este răspunzător nu doar pentru faptele proprii, ci și pentru faptele cele ale celorlalți membrii ai asocierii, autoritatea contractantă având dreptul de opțiune în ceea ce privește persoana față de care se îndreaptă pentru repararea prejudiciului. Solidaritatea legală a membrilor asocierii nu poate fi înlăturată printr-o convenție a membrilor asocierii ulterioară semnării contractului de achiziție publică și nici printr-o decizie a Consiliului. În acest mod, Autoritățile contractante pot evita situații de tipul celei descrise anterior, respectiv retragerea fictivă unui asociat din Asociere, ulterior adjudecării contractului de achiziție publică, dat fiind că solidaritatea legală impusă de legislația achizițiilor publice ar face inopozabilă orice convenție de retragere fictivă a unui operator economic din asociere, acesta rămânând în continuare responsabil față de autoritatea contractantă pentru executarea contractului. Decizia CNSC contestată în prezenta cauză creează un precedent nelegal în sine pentru viitoare participări fictive ale unor asocieri constituite strict în scopul participării la licitații, deoarece lipsește de efecte răspunderea solidară prevăzută de lege pentru membrii unei asocieri;

d) Decizia CNSC încalcă prezumția de legalitate de care se bucură Documentul constatator, precum și autoritatea de lucru judecat provizorie a sentinței prin care a fost confirmată legalitatea acestui document. Legalitatea Documentului constatator nu face obiectul analizei CNSC. Decizia CNSC ignoră efectele Documentului constatator, care în prezent se bucură de autoritate de lucru judecat provizorie. Mai mult, prin Decizia pronunțată în cauză, CNSC contestă temeinicia Documentului constatator, în pofida faptului că o astfel de analiză excede limitelor investirii sale.

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) Asocierea China – Viaponte se impunea a fi exclusă din procedură pentru că a furnizat declarații false în Formularul DUAE, ceea ce reprezintă în sine un motiv de excludere suplimentar situației de excludere în care deja se afla; 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;

b) 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) obligația de proiectare din Contractul de Lucrări reziliat, ce revenea exclusiv Viaponte Rom S.R.L., reprezenta o obligație principală, în lipsa îndeplinirii activității de proiectare, nefiind posibil a fi îndeplinit obiectul Contractului (proiectare și execuție autostradă);

(ii) obligațiile încălcate au condus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități în cuantum de 6.600.000 lei, deci sunt grave;

(iii) Asocierea China-Viaponte a furnizat informații false în cuprinsul DUAE, prin omiterea mențiunii privind existența Documentului constatator;

(iv) 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 ascundă adevărul consemnat într-un act administrativ, i.e. în Documentul constatator;

(v) Asocierea China-Viaponte recunoaște 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;

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

c) 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 acțiunii în anulare.

B. DECIZIA CNSC ESTE CONTRARĂ ATÂT LEGISLAȚIEI NAȚIONALE ȘI UNIONALE, CÂT ȘI JURISPRUDENȚEI CJUE

7. Astfel cum am arătat mai sus, 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.

8. Asocierea China-Viaponte a preferat să disimuleze realitatea, în pofida faptului că avea posibilitatea de a clarifica situația în care a fost emis acest Document constatator încă de la momentul completării Formularului DUAE, cu atât mai mult cu cât Viaponte nu ar fi fost responsabil pentru aceste abateri, așa cum susține asocierea intimată.

9. **Faptul că Asocierea China cunoștea de existența Documentului constatator la data completării Formularului DUAE rezultă cu evidență din următoarele:**

- La data de 25.07.2017 a fost emis Documentul constatator în legătură cu Contractul de lucrări;
- La data de 22.08.2017 Asocierea ICM - Viaponte a promovat o acțiune (ce a făcut obiectul dosarului nr. 6446/2/2017) în vederea suspendării efectelor acestuia pe calea ordonanței președințiale;
- La data de 27.10.2017 operatorii economici interesați au depus oferte în Procedura de atribuire.

10. În acest context, declarația Asocierii China din cuprinsul DUAE potrivit căreia nu se face vinovat de o abatere profesională gravă este falsă, ceea ce reprezintă un sine un motiv de excludere din procedura de atribuire atât prevederilor legislației naționale unionale.

11. Astfel:

- **potrivit art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016:** *„ (1) [a]utoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate."* (subl. ns.);
- **potrivit art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016:** *„(1) [a]utoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o*

TZA

influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic." (subl. ns.)

- potrivit art. 57 alin. (4) lit. h) din Directiva 2014/24 *„[a]utoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: [...] în cazul în care operatorul economic s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor necesare pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție, nu a divulgat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate în conformitate cu articolul 59"* (subl. ns.);

- potrivit Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic ***„[o]peratorii economici pot fi excluși din procedura de achiziții publice sau pot fi urmăriți în justiție în temeiul legislației naționale în cazuri grave de declarații false atunci când au completat DEAU sau, în general, atunci când au furnizat informațiile solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție ori în cazul în care nu au divulgat aceste informații sau nu au fost în măsură să prezinte documentele justificative."*** (subl. ns.).

12. Totodată, potrivit jurisprudenței CJUE, autoritățile contractante sunt obligate să excludă din procedura de atribuire acei operatori economici care furnizează informații false în cuprinsul Formularului DUAE sau încearcă să ascundă în mod deliberat realitatea, ceea ce s-a și întâmplat în speță.

13. În acest sens, indicăm cu titlu exemplificativ:

- Cauza Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodziwo Lodzkie, C -387/14 („Cauza Esaprojekt")[21], în care CJUE a apreciat în legătură cu acest motiv de excludere că nu este necesar caracterul intenționat al declarației false, *„fiind suficientă existența unei neglijențe de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice."* (subl. ns.).

- Cauza Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA vs. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA[22], C 267/18[23]; relevante în prezenta cauză sunt concluziile Avocatului general potrivit cărora *„într-o cauză precum aceasta, în care a avut loc o reziliere anterioară a unui contract constatată formal, principiul loialității obliga Delta să notifice acest eveniment obiectiv autorității contractante încă de la bun început, fără să o*

[21] Anexa nr. 11 - Cauza Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodziwo Lodzkie, C -387/14 („Cauza Esaprojekt").
[22] Având ca obiect cererea de decizie preliminară introdusă de Curtea de Apel București (România) la data de 17 aprilie 2018.
[23] Anexa nr. 12 - Cauza Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA vs. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA , C 267/18.

împiedice să îi furnizeze toate informațiile pe care le-ar considera indispensabile pentru a demonstra că, în opinia sa, încălcarea obligațiilor nu a existat sau a avut o importanță redusă." (subl. ns.).

- Cauza Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA și Guerrato SpA împotriva Provincia autonoma di Bolzano și alții, C-178/16 („Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani și RTI Mantovani e Guerrato")[24], în care Curtea a considerat că se impune eliminarea unui operator economic din procedura de atribuire pentru simplu motiv că nu menționase în oferta sa situația penală a unui administrator condamnat pentru diferite infracțiuni.

14. Rugăm instanța de control judiciar să observe că, în prezenta speță, ne aflăm exact în ipotezele avute în vedere de jurisprudența CJUE redată mai sus. Asocierea China era obligată, în temeiul principiului loialității, dar și a bunei credințe să clarifice contextul emiterii Documentului constatator și să indice pretinsele măsuri adoptate pentru remedierea acestei situații, respectiv, să prezinte adevărul în cuprinsul Formularului DUAE și să indice existența Documentului constatator.

15. 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. 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.

16. CNSC a ignorat însă cu totul această situație, care nu este nici măcar menționată în cuprinsul Deciziei contestate. În consecință, Decizia CNSC încalcă atât dispozițiile legale naționale și unionale menționate mai sus cu privire la excluderea operatorului economic pentru declarațiile false (furnizate în acest mod fie cu intenție, fie din neglijență (!!!), menționate în formularul DUAE, cât și jurisprudența CJUE care sancționează un astfel de comportament al operatorilor economici prin excluderea din procedura de atribuire.

C. DECIZIA CNSC ÎNCALCĂ DISPOZIȚIILE ART. 171 ALIN. (1) ȘI (3) DIN LEGEA NR. 98/2016

C.1.1. Sunt îndeplinite toate condițiile cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016 pentru excluderea Asocierii China din Procedura de atribuire

17. Potrivit art. 167 alin. **(1)** lit. g) din Legea nr. 98/2016 *„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*

[24] Anexa nr. 13 - Cauza Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA și Guerrato SpA împotriva Provincia autonoma di Bolzano și alții, C-178/16 („Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani și RTI Mantovani e Guerrato").

încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile."

18. Prin urmare, pentru a deveni incident cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt necesar a fi îndeplinite următoarele condiții:

a) încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;

b) încălcarea obligațiilor principale să fi 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.

19. În speță, aceste condiții sunt îndeplinite:

(i) Încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale:

- Obligația de proiectare din Contractul de Lucrări reziliat, ce revenea exclusiv Viaponte Rom S.R.L., reprezenta o obligație principală, în lipsa îndeplinirii activității de proiectare, nefiind posibil a fi îndeplinit obiectul Contractului (proiectare și execuție autostradă).

- Viaponte nu și-a îndeplinit obligația de proiectare în acel contract, invocând schimbarea, de către ICM SpA, a șefului echipei de proiectare. Chiar dacă liderul Asocierii ICM SpA - Viaponte a schimbat șeful echipei de proiectare, Viaponte nu a demonstrat nici în fața CNSC că ar fi întreprins vreun demers pentru a sesiza pretinsa obstrucționare. Situația de fapt descrisă de către Asocierea China-Viaponte demonstrează exclusiv pasivitatea acesteia și lipsa de interes în derularea Contractului de Lucrări în care a ales, totuși, să participe, păstrându-și inclusiv cota de participare chiar dacă diminuată;

- Asocierea China-Viaponte a susținut că nu ar fi avut nicio implicare în contract, respectiv că nu ar fi desfășurat nicio activitate, în pofida faptului că ar fi păstrat *„în mod formal"* o cotă de participare (!); s-a invocat, totodată, 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 de Lucrări, prin neîndeplinirea obligațiilor proprii pe care și le-a asumat la momentul semnării contractului. Din cele relatate de către Viaponte, 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 extrem de mare; în aceste condiții, buna-credință și, respectiv, „credibilitatea" Viaponte

sunt, desigur, excluse. Chiar dacă implicarea Viaponte în acel contract ar fi rămas doar formală, această situație nu este opozabilă CNAIR; față de autoritatea contractantă, Viaponte aflându-se tocmai în situația de nerespectare gravă a obligațiilor asumate care fundamentează excluderea. Situația *„excluderii"* din Contractul de lucrări nici măcar nu a fost adusă la cunoștința CNAIR - beneficiar al acelui contract, acest aspect rezultând din chiar Documentul constatator unde, la art. 2 sunt indicate cotele de participare inițiale, respectiv ICM SpA - 97,2% și Viaponte - 2,8% și nu cotele diminuate;

- Excluderea" Viaponte din Contractul de lucrări nu a fost abuzivă ori forțată, Viaponte dându-și girul în acest sens prin semnarea actului adițional la Acordul de asociere (prin care și-a diluat participația în asociere) și, ulterior, prin dezinteresul manifestat față de derularea Contractului de Lucrări, aceasta în condițiile în care răspunderea, în materia achizițiilor publice, este solidară, solidaritatea neputând fi înlăturată prin voința părților, ori prin diluarea participației la Contract;

- Viaponte nu a făcut absolut niciun demers pentru a aduce la cunoștința CNAIR Actul adițional la Acordul de asociere privind reducerea cotei sale de participare și, deși avea deschisă calea de a denunța Acordul de asociere și de a notifica CNAIR denunțarea / încetarea acestui acord ca urmare a „împiedicării" sale, de către asociatul ICM SpA, de a participa la derularea contractului, a ales să rămână în pasivitate, devenind parte la o situație nelegală, tradusă prin inducerea în eroare și înșelarea CNAIR, cu consecința rezilierii unui contract esențial pentru infrastructura rutieră din România; toate aceste activități au fost, desigur, realizate de conivență și cu concursul de netăgăduit al Viaponte, în batjocura principiului utilizării eficiente a fondurilor publice și a interesului public care rezidă în realizarea unui sistem de infrastructură națională fezabil și nicidecum în rezilierea contractelor și neîndeplinirea obiectivelor din Master Plan-ul General de Transport al României, cu consecința pierderii fondurilor alocate în acest scop;

- Inginerul din Contractul de Lucrări a confirmat în mod expres faptul că rezilierea Contractului se impune ca urmare a neîndeplinirii corespunzătoare a activității de proiectare;

- Înlocuirea șefului echipei de proiectare care, la acea dată, era angajat al Viaponte nu absolvă Viaponte de culpă pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate prin Contractul de Lucrări și Acordul de asociere. Activitatea de proiectare nu se execută doar prin intermediul expertului nominalizat, Vlad Chiotan - activitatea de proiectare presupune o echipă întreagă și resurse considerabile alocate, fiind o activitate fundamentală pentru derularea în condiții optime a oricărui contract de proiectare și execuție. Sunt irelevante, din această perspectivă, documentele inginerului Egis privind înlocuirea expertului Vlad Chiotan sau aprecierile personale privind lipsa asociatului responsabil cu proiectarea, câtă vreme Inginerul este un

simplu consultant al beneficiarului CNAIR care nu avea cunoștință (pentru că în mod obiectiv nu avea cum) de relațiile contractuale dintre asociați.

- Mai mult, documentele depuse de către CNAIR la dosarul cauzei și ignorate cu bună-știință de către CNSC atestă faptul că:
  - prin Acordul de asociere încheiat între ICM SpA și Viaponte Rom S.R.L. părțile nu au definit în mod distinct activitățile de care se face răspunzător fiecare dintre membri în executarea contractului principal - potrivit art. 6 din Acordul de asociere: „părțile vor răspunde solidar și individual în fața Beneficiarului în ceea ce privește toate obligațiile și responsabilitățile decurgând din sau în legătură cu contractul.", ceea ce, contrar opiniei profund eronate a Consiliului înseamnă că CNAIR are un drept de opțiune în privința asociatului împotriva căruia se poate îndrepta pentru repararea prejudiciului, după cum se poate îndrepta împotriva amândurora deodată;
  - Implicarea Viaponte în Contractul de Lucrări nu s-a rezumat doar la activitatea de proiectare, ci a fost extinsă și la alte activități. În acest sens, rugăm Consiliul să aibă în vedere faptul că, raportat la valoarea Contractului de Lucrări de 446.127.400,01 lei, procentul de 2,8% alocat membrului Viaponte Rom S.R.L. prin Acordul de asociere reprezintă 12.491.567,02 lei, în timp ce, în Centralizatorul activităților din Propunerea financiară devenită parte a Contractului, activitatea de proiectare a fost cotată la o valoare de 10.580.127,31 - în legătură cu aceste dovezi, Viaponte nu furnizează absolut nicio explicație, ci se limitează la a se disculpa, invocând faptul că ar fi fost exclus din Contractul de Lucrări. De altfel, nici CNSC nu furnizează vreo explicație cu privire la „ignorarea" acestor argumente și dovezi ce i-au fost prezentate.

(ii) Încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unui contract de **achiziții publice**: activitatea de proiectare din Contractul de Lucrări era o activitate principală (lucrările necesare nefiind posibil a fi fost executate în lipsa activității de proiectare a acestora) și a intervenit în derularea unui contract de achiziții publice. Oricum, din cuprinsul Acordului de asociere nu rezultă cu claritate care sunt activitățile fiecărui asociat, aceștia având în temeiul Acordului de asociere dar și al legii o răspundere solidară față de CNAIR pentru îndeplinirea tuturor și a oricăror activități necesare în cadrul Contractului; și

(iii) 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.

Neîndeplinirea obligației de proiectare față de CNAIR, Beneficiarul Contractului de Lucrări a condus la rezilierea Contractului de lucrări și aplicarea de penalități în

cuantum de 6.600.000 lei. Încălcarea este gravă, dată fiind sancțiunea rezilierii care intervine în situația unei astfel de încălcări și cuantumul prejudiciului produs. Un asemenea prejudiciu, în valoare de 6.600.000 lei, adus unei autorități publice, într-un contract de infrastructură rutieră de interes național (care, în final, a rămas neexecutat) nu poate reprezenta o abatere minoră, ci dimpotrivă, o încălcare gravă. Oricum, autoritatea contractantă este suverană în aprecia gravitatea neîndeplinirii, iar în acest caz, CNAIR a considerat că acesta este suficient de gravă încât să conducă la încetarea anticipată a contractului prin reziliere, iar o instanță națională, respectiv Tribunalul București, a confirmat caracterul legal al măsurii rezilierii, prin respingerea pe fond a acțiunii în anularea Documentului constatator.

C.1.2. **Viaponte nu a luat nicio măsură în concret pentru a își demonstra credibilitatea în raport de dispozițiile art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/016**

20. Potrivit art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016:

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

22. *(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.* (subl. ns.)

23. Or, în speță, CNAIR a solicitat Asocierii China-Viaponte clarificări în legătură cu incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv să clarifice informația furnizată în cadrul formularului DUAE având în vedere că informațiile din Documentul constatator se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 - aceste informații sunt consemnate în Procesul-verbal nr. 17 având număr de înregistrare la CNAIR 13B/3338/18.04.2019.

24. Prin Răspunsul la Solicitarea de clarificări adresată de către CNAIR[25], Viaponte a făcut următoarele precizări, fără însă a răspunde în concret solicitării adresate:

a) Viaponte nu se află în cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;

b) Înainte ca Viaponte să deruleze vreo activitate în Contractul de Lucrări, angajatul său, dl. , șef al echipei de proiectare a fost înlocuit. ICM SpA ar fi decis unilateral, „fără acordul" Viaponte înlocuirea șefului echipei de proiectare;

c) Viaponte a solicitat liderului, ICM SpA, eliminarea sa din Contractul de Lucrări, în acest sens fiind încheiat un Act adițional la Acordul de asociere - Viaponte recunoaște, practic, nu numai că a fost de acord cu eliminarea sa din Contract, ci chiar a solicitat liderului în mod expres acest lucru. Pe cale de consecință, Viaponte și-a diluat, cu bună-știință, participația în Contractul de lucrări, consecința directă fiind aceea a neîndeplinirii obligațiilor asumate prin Contractul de lucrări, obligații care nu erau reprezentate numai de activitatea de proiectare astfel cum am arătat mai sus.

25. Neconcludența vădită a răspunsului Viaponte Rom S.R.L. la Solicitarea de clarificări rezultă la o simplă citire a răspunsului acestui operator economic. Nu numai că informațiile solicitate nu au fost clarificate, ci mai mult, Viaponte a continuat să nege incidența cazului de excludere. Or, incidența cazului de excludere a reprezentat tocmai premisa solicitării de clarificare din partea CNAIR. Prin urmare, Viaponte Rom S.R.L. trebuia, prin intermediul răspunsului față de aceasta, să își demonstreze credibilitatea, iar nu să nege situația de fapt reținută de către CNAIR care constituie totodată fundamentul Documentului constatator - act administrativ a cărui legalitate a fost deja confirmată de către Tribunalul București, hotărâre ce are autoritate de lucru judecat provizorie în cauză.

26. În speță, nici din cuprinsul contestației, nici din documentele invocate de către Viaponte în dovedirea pretinsei sale credibilități nu rezultă că operatorul economic ar fi luat (încercat măcar să ia) vreo măsură de natura celor menționate exemplificativ în Legea nr. 98/2016 pentru a-și îndeplini obligațiile, dând dovadă de o totală pasivitate în derularea Contractului de lucrări. Oricum, clarificările și măsurile întreprinse pentru îndreptarea situației de excludere trebuiau declarate în cuprinsul Formularului DUAE, iar nu ulterior prin contestație.

27. 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 0,01%, pe care nu l-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: (i) 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.) sau, cel puțin: **(ii) o situație a demersurilor**

[25] A se vedea Anexa nr. 10 la prezenta plângere.

întreprinse împotriva ICM SpA pentru „excluderea" pretins abuzivă din Contractul de lucrări.

28. Mai mult, *„lipsa oricărei implicări în Contract"* nu se încadrează în niciuna dintre ipotezele reglementate de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care impun operatorilor economici să demonstreze că au luat măsuri concrete pentru îndreptarea situației care a generat incidența unuia dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164 și 167 din Legea nr. 98/2016, iar pasivitatea față de modul de derulare al unui contract de achiziție publică din care un operator economic a făcut parte nu poate și nici nu ar trebui să fie considerată o dovadă a credibilității sale. La fel cum nici „inocența", necunoașterea și lipsa de interes invocate de către Viaponte nu ar trebui să fie considerate dovezi ale credibilității ci, dimpotrivă, dovezi în sensul că un astfel de operator economic trebuie exclus din procedura de atribuire.

29. 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 (pentru că ar fi fost împiedicat), tot Beneficiarul ar fi responsabil să îl informeze și clarifice cu privire la situația rezultată din propria conduită. Dacă, într-adevăr, Viaponte ar fi fost exclus din Contract împotriva voinței sale și în mod abuziv, era legitim de așteptat ca acesta să inițieze demersuri în vederea îndreptării unei astfel de nedreptăți, cu atât mai mult cu cât, sancțiunile aplicabile în materia neexecutării unui contract de achiziție publică sunt extrem de oneroase, iar implicațiile unei neexecutări au repercusiuni pe termen lung.

30. În speță, contrar dispozițiilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, Viaponte:

a) recunoaște că nu a luat niciun fel de măsuri în legătură cu situația de excludere, recunoscând că este străină de derularea Contractului din care a făcut parte;

b) recunoaște în mod expres că nu și-a îndeplinit obligația de proiectare în contract, precum și nici alte obligații pe care le avea potrivit Acordului de asociere care nu menționează expres ce activități revin fiecărula dintre cei doi membrii. Asocierea nu a indicat niciun fel de 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;

c) a prezentat documente care nu se încadrează în niciun dintre ipotezele reglementate de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, neatestând măsurile în concret luate de către Viaponte pentru a își demonstra credibilitatea:

(i) *„Eliminarea legăturilor cu ICM SPA"* nu reprezintă o dovadă în sensul că operatorul economic ar fi luat măsuri adecvate pentru îndreptarea situației de excludere,

Dimpotrivă, din susținerile contestatoarei rezultă că ICM SpA depune eforturi active pentru a-și disculpa fostul asociat, ceea ce reprezintă o dovadă în plus a înțelegerii celor doi asociați, care au depus o ofertă doar pentru a obține adjudecarea Contractului, în pofida faptului că nu au avut niciodată intenția să colaboreze în vederea executării Contractului - or, o astfel de situație ar trebui să reprezinte în sine o dovadă a lipsei de credibilitate a asociatului Viaponte, care poate proceda în mod similar și în alte contracte. Mai mult cererea de arbitrare formulată în legătură cu Contractul împotriva CNAIR este formulată și semnată de către ambii asociați, iar răspunsul la întâmpinare din acest dosar este formulat și semnat inclusiv de reprezentantul Viaponte, dl. Vlad Chiotan (!). În aceste condiții, nu înțelegem cum poate Viaponte să susțină cu bună-credință că a întrerupt legăturile cu fostul său asociat în condițiile în care în prezent este reclamant, împreună cu acesta, într-un litigiu rezultat din Contract, împotriva CNAIR; și

(ii) Documentele emise de către inginer pe parcursul derulării Contractului de lucrări în care Viaponte nu a fost implicat (și nici nu a dorit să fie câtă vreme a fost pasiv și total dezinteresat de soarta contractului) nu reprezintă dovezi care să ateste măsurile în concret luate de Viaponte pentru a își demonstra credibilitatea.

31. Mai mult, chiar prin raportare la circumstanțele concrete invocate de către contestatoare în apărarea sa, rezultă că situația de fapt reținută în Documentul constatator este clară, Viaponte nefiind în măsură să furnizeze nici măcar prin răspunsul la Solicitarea de clarificări dovezile sau măsurile de natură a îi demonstra credibilitatea.

32. În speță, contrar dispozițiilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, prin Decizia pronunțată în cauză, CNSC a validat comportamentul operatorului economic în pofida faptului că acesta a recunoscut în mod expres faptul că s-a retras în mod voluntar din Contract, că nu a luat niciun fel de măsuri pentru a combate pretinsa excludere abuzivă din Contract și că nici nu a contestat pretinsa sa excludere din Contract, deși avea această posibilitate, desigur doar în ipoteza în care „excluderea" ar fi fost unilaterală și abuzivă din partea ICM SpA - Viaponte a clarificat însă că excluderea nu a nicidecum abuzivă, ci că, pur și simplu, acesta a solicitat liderului să îi permită „retragerea" din Contract, prin diluarea participației. Or, tocmai un astfel de comportament nelegal și prejudiciabil pentru CNAIR trebuie și este suficient pentru excluderea Asocierea China-Viaponte din Procedura de atribuire. Nu interesează, în speță, cota asociatului Viaponte, ori activitățile efectiv întreprinse, câtă vreme întreg comportamentul său anterior și chiar ulterior, manifestat în Procedura de atribuire, este unul neprofesionist, de batjocură la adresa lucrărilor de interes național și de înșelăciune prin declarațiile false realizate la nivelul documentelor oficiale depuse în cadrul Procedurii de atribuire. Persistența în acest comportament nelegal, care a adus importante prejudicii nu numai CNAIR, cât și oricărui contribuabil român (prin nerealizarea Contractului de lucrări și, respectiv, pierderea șansei de a avea încă o porțiune de autostradă finalizată și dată în folosință) și care a fost în mod nelegal confirmat de către CNSC trebuie stopată de către Curtea de Apel București prin admiterea

prezentei plângeri, cu consecința menținerii ca fiind legală și temeinică a Celei de-a doua Decizii de excludere.

33. Admiterea plângerii se impune inclusiv din perspectiva faptului că CNSC a validat în integralitate susținerile contestatoarei, însă a ignorat cu desăvârșire argumentele prezentate de către Autoritatea contractantă, respectiv punctul de vedere al comisiei de specialitate din cadrul Direcției emitente a Documentului constatator din care rezultă că asociații nu au adus la cunoștința autorității contractante această pretinsă excludere abuzivă a asociatului Viaponte, din care rezultă că:

- prin Acordul de asociere nu s-a definit în mod clar participarea asociatului Viaponte strict în activitatea de proiectare din cadrul Contractului, prin urmare nu prezintă nicio relevanță, așa cum reține Consiliul că dl. nu pare să fi avut niciun aport în activitatea de proiectare; dimpotrivă, din cuprinsul Acordului de asociere rezultă în mod clar că părțile și-au asumat răspunderea solidară pentru îndeplinirea tuturor activităților Contractului;

- cererea de arbitrare prin care se contestă rezilierea Contractului de către CNAIR este formulată de către ambii asociați, deci inclusiv Viaponte. Răspunsul la cererea reconvențională a CNAIR în acest dosar este formulată și semnată de Viaponte prin reprezentantul său legal, dl. Vlad Chiotan (I). În cadrul dosarului reclamantele nu au adus la cunoștința instanței sau a Autorității contractante pretinsa situație de excludere a Autorității contractante din Contract (I). Dimpotrivă, rezultă că părțile acționează împreună împotriva Autorității contractante în încercarea de a anula demersul de reziliere, cu consecința generării unor prejudicii suplimentare pentru bugetul de stat;

- Documentația tehnică elaborată în cadrul Contractului nu a fost semnată de la bun început de către dl. Vlad Chiotan, în pofida faptului că era nominalizat în organigrama echipei de proiectare a Antreprenorului ca Șef Adjunct Echipă de proiectare, prin urmare neparticiparea acestuia la ședințele de management reprezintă o dovadă în plus a neexecutării obligațiilor de proiectare în acel Contract, iar nu o cauză exoneratoare de răspundere, așa cum reține în mod eronat Consiliul.

34. Mai mult, teza reținută de către Consiliu potrivit căreia singura persoană implicată în Contract din partea asociatului Viaponte este lipsită de orice logică. Activitatea de proiectare nu se poate realiza printr-o singură persoană și nici doar prin personal cheie, aspect care ar fi trebuit să fie evident Consiliului. Proiectarea într-un Contract de lucrări presupune implicarea unei echipe de oameni și a unor resurse considerabile. Faptul că personalul cheie sau persoana responsabilă cu proiectarea a fost înlocuită nu înseamnă că asociatul Viaponte nu avea și alte persoane implicate pentru executarea acestei activități. Din această perspectivă, sunt irelevante aprecierile Inginerului cu privire la implicarea sau lipsa de implicare a dlui Vlad Chiotan, dat fiind că inginerul nu cunoștea relațiile dintre asociați.

35. Prin contestația depusă în cauză *„dovezile"* prezentate de Viaponte se rezumă la prezentarea unei imagini de pretinsă victimă a unei excluderi, în pofida faptului că excluderea a fost solicitată și acceptată în mod expres de către Viaponte prin semnarea Actului adițional și, mai

mult, acesta avea la îndemână pârghii legale pentru a combate o astfel de măsură, inclusiv prin sesizarea acestei nelegalități Autorității contractante. În realitate, singura responsabilă pentru situația creată este chiar contestatoarea care a ales să nu execute un Contract de Lucrări din motive personale care nu privesc și nu interesează prezenta Procedura de atribuire.

36. Realitatea este că Viaponte a eșuat în a prezenta o argumentație coerentă, însoțită de dovezi care să fie apță a o exonera de răspundere și responsabilitate în cadrul Contractului de Lucrări, aflându-se, pe cale de consecință, în cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

37. O altă realitate este aceea că absolut toate dovezile, inclusiv susținerile proprii din Răspunsul la Solicitarea de clarificări sunt în sensul că Viaponte nu a fost *„exclus"* din Contractul de Lucrări, ci că a solicitat să fie scos din acest contract, semnând în consecință un act adițional la Acordul de asociere[26], de diminuare a cotei sale de participare, act care nu a fost niciodată adus la cunoștința CNAIR (CNAIR a aflat despre acest act adițional, pentru prima oară, cu prilejul soluționării primei contestații formulate de către Viaponte în Procedura de atribuire).

38. Mai mult, din dovezile prezentate se poate observa inclusiv faptul că afirmația Viaponte potrivit căreia încercat să rupă legăturile cu fostul asociat este falsă, dat fiind că aceasta acționează împreună într-un demers litigios împotriva Autorității contractante, prin care încearcă chiar să anuleze rezilierea respectivului Contract.

39. Nu observăm, însă, nicio referire la această neconcordanță majoră dintre afirmațiile contestatoarei și situația de fapt în argumentația CNSC. Mai mult, Consiliul face referire dosarul arbitral pornit de către cele două societăți membre ale Asocierii ca o dovadă a faptului că legalitatea Documentului constatator nu ar fi încă tranșată în mod definitiv fără să se întrebe de ce ar susține asociatul Viaponte un astfel de demers împotriva Autorității contractante în condițiile în care declară că a întrerupt orice fel de legături cu fostul său asociat.

40. Din dispozițiile art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, rezultă că dovezile ce pot fi furnizate de către operatorul economic aflat într-un caz de excludere trebuie să ateste că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a își demonstra în concret credibilitatea. Important, în acest context, este faptul că măsurile care demonstrează credibilitatea trebuie să fie personale, ale operatorului economic vizat de cazul de excludere, acestea fiind singurele concludente și posibil a fi acceptate de către autoritatea contractantă. *Per a contrario*, documente / acțiuni emise / întreprinse de terți nu se încadrează în categoria celor prevăzute de lege ca fiind apte să dovedească credibilitatea operatorului economic.

41. Or, Viaponte nu a furnizat absolut nicio dovadă în sensul că ar fi întreprins vreo măsură concretă, de natură a îi demonstra credibilitatea. Dimpotrivă, în cuprinsul contestației a făcut afirmații care s-au dovedit false, precum ruperea legăturilor cu fostul asociat, situație care se impunea a fi sancționată de către CNSC prin respingerea contestației.

[26] Atașat ca Anexa nr. 9 a prezentei plângeri.

42. În acest context, Decizia CNSC încalcă dispozițiile art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, dat fiind că CNSC a girat conduita societății Viaponte și a permis participarea acestuia la procedura de atribuire, în pofida faptului că aceasta nu a furnizat nicio dovadă, în sensul celor menționate de aceste dispoziții legale, pentru a demonstra faptul că nu se încadrează în cazul de excludere.

D. DECIZIA CNSC ÎNCALCĂ PREVEDERILE LEGALE CARE REGLEMENTEAZĂ SOLIDARITATEA MEMBRILOR ASOCIERII

43. 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 potrivit cărora *„[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.)

44. Solidaritatea membrilor unei asocieri pentru executarea corespunzătoare a contractului de achiziție publică este confirmată atât de doctrină, cât și de jurisprudență:

*„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.**"*[27] *(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** (...)"*[28] *(sub ns.);*

*„Prin urmare, **câtă vreme în cadrul unei asocieri fiecare dintre asociați răspunde solidar cu ceilalți** (...)"*[29] (sub ns.);

45. 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[30]. Câtă vreme,

---

[27] https://www.revista-achizitii.ro/index.php/participarea-asociatilor-in-acordului-de-asociere-utilizat-in-procedurile-de-achizitie-publica accesat la 11.08.2017;

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

[29] 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;

[30] 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*

Viaponte a fost menținut ca parte în Contractul de Lucrări, având o cotă de participare (chiar dacă diluată), acesta răspunde solidar, alături de ICM SpA pentru orice prejudicii cauzate Autorității contractante. Mențiunea referitoare la faptul că „asociații răspund solidar și individual" nu are nicidecum semnificația faptului că răspunderea solidară ar putea fi înlăturată, ci că Autoritatea contractantă dispune de beneficiul de a opțiune între persoana pe care o ține responsabilă pentru repararea prejudiciului, urmând ca, ulterior, în funcție de culpa fiecăruia dintre asociați în producerea prejudiciului, lucrurile să fie reglate între asociați, potrivit înțelegerii acestora din Acordul de asociere.

46. În speță, CNSC a pronunțat o decizie care încalcă prevederile legale care reglementeaza solidaritatea membrilor unei asocieri într-un contract de achiziție publică, creând un precedent extrem de periculos al exonerării de răspundere a acelui asociat care, deși și-a asumat solidar responsabilitatea executării obligațiilor, s-ar putea retrage ulterior participării la procedura de atribuire din contractul de achiziție publică. 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, prin operațiunea de diluare a propriei participații.

47. În speță, Decizia pronunțată în cauză relevă faptul că CNSC nu înțelege noțiunea de răspundere solidară și ce implică o solidaritate asumată din punct de vedere juridic. Consiliul face o gravă și nepermisă interpretare a noțiunii de solidaritate, în sensul că asociații ar răspunde potrivit cotelor sale de participare (!). O astfel de ipoteză este aplicabilă doar în relațiile dintre asociați și nicidecum în relația cu Autoritatea contractantă față de care răspunderea rămâne solidară în raport de dispozițiile art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

48. Astfel un argument care a fundamentat soluția CNSC este faptul că, prin diminuarea cotei de participare valoarea aferentă asociatului Viaponte *„este foarte mică în raport de valoarea totală a contractului"* (a se vedea pag. 49 paragraful 1 din Decizia CNSC). În opinia CNSC și responsabilitatea față de Autoritatea contractantă este proporțională cu cotele de participare.

49. Or, o astfel de interpretare este eronată și nelegală. Cotele stabilite între asociați sunt relevante doar în ceea ce privește relațiile dintre asociați, respectiv participarea la beneficii și pierderi, însă nu prezintă nicio relevanță pentru Autoritatea contractantă. Solidaritatea membrilor unei asocieri presupune tocmai faptul că asociații răspund pentru îndeplinirea

---

tratament egal între operatorii economici participanți la procedura de atribuire. În același timp, contractul de achiziție publică se încheia 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"[30] (subl. ns.)

tuturor activităților contractului față de autorității contractante, indiferent de cota lor de participare.

50. În optica extrem de periculoasă a CNSC, dacă unul dintre asociați (respectiv, asociatul majoritar) ar intra în insolvență, iar celălalt ar avea o cotă de participare de 0,1%, autoritatea contractantă nu ar putea să solicite asociatului solvabil executarea întregului contract / repararea întregului prejudiciu produs, ci doar partea aferentă cotei sale de participare, ceea nu doar că este lipsit de orice logică juridică, dar ar lipsi de efecte solidaritatea reglementată de legiuitor și ar limita-o strict la cotele de participare ale fiecărui asociat, contrar dispozițiilor exprese prevăzute de Legea nr. 98/2016.

51. Rugăm instanța de control judiciar să observe și faptul că CNSC ignoră în mod voit inclusiv solidaritatea contractuală a membrilor asocierii, fundamentându-și decizia în mod arbitrar pe existența unei pretinse răspunderi individuale, care, în viziunea eronată a Consiliului, ar exclude solidaritatea. Această argumentație nu este însă fundamentată pe vreo prevedere legală, ci pe simpla subliniere a cuvântului *„individual"* din cuprinsul art. 6 al Acordului de asociere, cu ignorarea faptului că articolul prevede în mod expres că răspunderea asociaților este solidară.

52. Consiliul susține că motivul pentru care a nu a luat în considerare pretinsa solidaritate a membrilor asocierii este faptul că, din *„conținutul acordului de asociere rezultă faptul că „părțile vor răspunde solidar și individual în fața Beneficiarului în ceea ce privește toate obligațiile și responsabilitățile decurgând din sau în legătură cu contractul", iar autoritatea contractantă nu a identificat, în documentul constatator care obligații și responsabilități au fost îndeplinite de către SC VIAPONTE ROM S.R.L."* (a se vedea pag. 49 paragraful 2 din Decizia CNSC).

53. Consiliul ignoră însă faptul că reglementarea unei răspunderi individuale nu înlătură și nici nu poate înlătura solidaritatea legală a membrilor asocierii. Mai mult, conținutul Documentului constatator nu a făcut obiectul analizei Consiliului, prin urmare o soluție pronunțată prin raportare la conținutul acestuia sau prin raportare la legalitatea Documentului constatator se impune a fi cenzurată de către instanța de control judiciar.

E. DECIZIA CNSC ÎNCALCĂ PREZUMȚIA DE LEGALITATE A DOCUMENTULUI CONSTATOR. LEGALITATEA DOCUMENTULUI CONSTATATOR NU FACE OBIECTUL ANALIZEI CNSC

54. Potrivit art. 166 alin. (1) din H.G. 394/2016 *„[a]utoritatea 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"*.

55. 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.

56. 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, dintre care redăm exemplificativ următoarele spețe:

- *„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."*[31] (subl. ns.)

- *„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 prezumția 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, iar 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."*[32] (subl. ns.)

[31] A se vedea: http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo12013/BO2013_3152.pdf.
[32] A se vedea: http://portal.cnsc.ro/sivadoc/download.

57. Un alt aspect care demonstrează faptul că situația de fapt reținută în cuprinsul Documentului 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.

58. În speță, CNSC a încălcat prezumția de nelegalitate a Documentului constatator, apreciind că nu a fost tranșată legalitatea și temeinicia acestuia, dat fiind că dosarul ce are ca obiect anularea Documentului constatator este în prezent suspendat în faza recursului.

59. Or, faptul că dosarul ce are ca obiect anularea Documentului constatator este suspendată nu prezintă nicio relevanță, atât timp cât efectele acestui Document nu au fost suspendate, acesta bucurându-se de prezumția de legalitate până la anularea lui printr-o hotărâre definitivă.

60. Mai mult, nu prezintă nicio relevanță nici faptul că în cuprinsul Documentului constatator nu se menționează care sunt obligațiile încălcate de către asociatul Viaponte, atâta timp cât documentul constatator se eliberează pe numele asocierii care a avut calitatea de antreprenor și care răspunde solidar pentru îndeplinirea contractului și, mai mult, nici din Acordul de asociere încheiat între Viaponte și ICM SpA nu rezultă ce activități reveneau în concret fiecăruia dintre membrii asocierii.

61. De altfel, validitatea Documentului constatator și, respectiv, îndeplinirea condițiilor formale și de fond la momentul emiterii sale nu fac obiectul analizei în prezenta cauză. Cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 devine incident independent de existența unui document constatator negativ, câtă vreme sunt îndeplinite condițiile pentru aplicarea sa. În speță, cazul de excludere este incident dată fiind încălcarea de către Viaponte Rom S.R.L. a obligațiilor principale asumate prin Contract.

62. Din argumentele expuse sintetic mai sus, rezultă caracterul temeinic și legal al Deciziei de excludere ofertei Asocierii China-Viaponte, situație față de care se impune admiterea prezentei plângeri, cu consecințele descrise în petitul său.

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, în original, recipisa nr. 205574597/1 din data de 11.07.2019 de consemnare a cauțiunii în valoare de 110.000 lei (Anexa nr. 14). 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,

Astaldi SpA

prin S.C.A. Țuca Zbârcea & Asociații

av. Ana Popa

av. Niura Moisei

TZ/A

OPIS
AL DOCUMENTELOR DEPUSE DE CĂTRE ASTALDI ÎN SUSȚINEREA PLÂNGERII

- Anexa nr. 1 - Împuternicire avocațială.
- Anexa nr. 2 - Decizia CNSC nr. 1086/C5/893/894 din data de 04.07.2019.
- Anexa nr. 3 - Adresa CNAIR nr. 13B/1661/01.03.2019.
- Anexa nr. 4 - Decizia CNSC nr. 509/C5/380/386/02.04.2019.
- Anexa nr. 5 - Solicitarea de clarificări adresată de către CNAIR ofertantului Asocierea China.
- Anexa nr. 6 - Răspunsul Asocierii China la Solicitarea de clarificări.
- Anexa nr. 7 - Adresa CNAIR nr. 13B/3923/10.05.2019.
- Anexa nr. 8 - Documentul constatator emis pe numele Asocierii ICM SpA - Viaponte Rom S.R.L.
- Anexa nr. 9 - Acordul de asociere încheiat între ICM SpA și Viaponte Rom S.R.L. și Actul adițional.
- Anexa nr. 10 - Procesul Verbal nr. 18 în care este consemnat răspunsul Asocierii China la solicitarea de clarificări.
- Anexa nr. 11 - Cauza Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodziwo Lodzkie, C 387/14 („Cauza Esaprojekt").
- Anexa nr. 12 - Cauza Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA vs. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA , C 267/18.
- Anexa nr. 13 - Cauza Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA și Guerrato SpA împotriva Provincia autonoma di Bolzano și alții, C-178/16 („Impresa di Costruzioni ing. E. Mantovani și RTI Mantovani e Guerrato").
- Anexa nr. 14 - Recipisa nr. 205574597/1 din data de 11.07.2019 de consemnare a cauțiunii în valoare de 110.000 lei