ROMÂNIA
CURTEA DE APEL BUCUREŞTI
Splaiul Independenţei nr.5, Sector 4
Bucureşti,cod postal 050091
SECŢIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL

Destinatar:
COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE
sector 1, Bucureşti, B-DUL DINICU GOLESCU, nr. 38

DOSARUL NR. 2189/2/2019
Materia: Contencios administrativ şi fiscal
Stadiul procesual al dosarului: Recurs
Obiectul dosarului: litigiu privind achiziţiile publice - contestaţie atribuire
Complet: 8-completul 1 recurs achiziţii publice

COMUNICARE
HOTARÂRE CIVILĂ
NR. 270/2019 DIN DATA DE 07 Iunie 2019

Stimată doamnă/Stimate domn,

vă comunicăm, alăturat, copia hotărârii civile nr. 270/2019, pronunţată la data de 07 Iunie 2019, de către CURTEA DE APEL BUCUREŞTI SECŢIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL.

L.S. PRESEDINTE
(stampila)

Grefier,

A.F. 17.07.2019 13:09:03, nr. comunicare: 3 din 3

DOSAR NR.2189/2/2019

R O M Â N I A
CURTEA DE APEL BUCUREŞTI
SECŢIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL
DECIZIA CIVILĂ NR.270
ŞEDINŢA PUBLICĂ DIN DATA DE 07.06.2019
CURTEA CONSTITUITĂ DIN :
PREŞEDINTE : DOINA VIŞAN
JUDECĂTOR : MARIUS CRISTIAN ISPAS
JUDECĂTOR: VASILE BÎCU
GREFIER : ANDREEA CRISTINA FERTU

Pe rol, se află soluţionarea plângerii formulate împotriva Deciziei C.N.S.C. nr.509/C5/380/386 din data de 02.04.2019 de **petenta ASTALDI SPA,** în contradictoriu cu **intimaţii ASOCIEREA CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD. - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, PRIN VIAPONTE ROM SRL (ASOCIEREA CHINA) şi COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE,** având ca obiect " *litigiu privind achiziţiile publice*".

Dezbaterile în fond şi susţinerile orale ale părţilor au avut loc în şedinţa publică din data de 24.05.2019, fiind consemnate în încheierea de şedinţă de la acea dată, ce face parte integrantă din prezenta, când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunţarea la data de 31.05.2019, respectiv 07.06.2019, când a decis următoarele :

C U R T E A,

Deliberând asupra plângerii de faţă, constată următoarele:

Prin plângerea înregistrată pe rolul acestei instanţe la data de 12.04.2019, sub nr. 2189/2/2019, petenta **Astaldi SpA** („Astaldi" sau „Societatea") în contradictoriu cu intimaţii **ASOCIEREA CHINA RAILWAY 14TTH BUREAU CO LTD. - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, PRIN VIAPONTE ROM SRL (ASOCIEREA CHINA) şi COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE,** în temeiul dispoziţiilor art. 29 şi următoarele din Legea nr. 101/2016, a formulat plângere împotriva Deciziei CNSC nr. 509/C5/380/386 din data de 02.04.2019 („Decizia CNSC"), solicitând ca, prin decizia ce se va pronunţa, să se modifice în parte Decizia CNSC în sensul respingerii contestaţiei formulate de către Asocierea China Railway 14tth 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 folosinţă, într-un prim subsidiar, ca fiind introdusă de o persoană fără calitate procesuală activă, într-un al doilea subsidiar, pe fond, ca nefondată, cu consecinţa admiterii cererii de intervenţie accesorie formulate de către Astaldi în interesul CNAIR.

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

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) şi alin. (8) din Legea nr. 98/2016; la baza acestei decizii de excludere este situaţia de încălcare gravă a obligaţiilor contractuale de către unul dintre membri 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 – 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").

Împotriva Deciziei de excludere Asocierea China a promovat contestație. Astaldi a formulat cerere de intervenție accesorie, în interesul CNAIR.

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

CNSC s-a pronunțat cu privire la o excepție imposibil a fi formulată. Soluția 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 active"*. 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;

CNSC a validat posibilitatea operatorului economic Viaponte de a declara informații false/eronate în cuprinsul Formularului DUAE, transferând responsabilitatea acestei erori voite 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) din Legea nr. 98/2016 și de dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Temeinicia plângerii:

Raționamentul CNSC este eronat și, pe cale de consecință, Decizia CNSC este netemeinică și nelegală.

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;

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;

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: obligațiile încălcate au condus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități în cuantum de lei, deci sunt grave; contestatoarea a furnizat informații false în cuprinsul DUAE, prin omiterea mențiunii privind existența Documentului constatator; 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; contestatoarea recunoaște în mod expres 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 în care solidaritatea față de Beneficiar nu poate fi înlăturată; membri 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; 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.

Temeinicia excepțiilor lipsei capacității procesuale de folosință și a lipsei calității procesuale active a asocierii China:

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.

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. .

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.

DECIZIA CNSC încalcă principiul tratamentului egal și nediscriminării. Inexistența obligației CNAIR de a solicita clarificări

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 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:

Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodziwo Lodzkie, C -387/14 („Cauza Esaprojekt"):

„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.)

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."

Partner Apelski Dariusz împotriva Zarzad Oczyszczania Miusta, C-324/14 („**Cauza Zarad**"):

„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."

În contextul jurisprudenței CJUE anterior citată, Decizia CNSC încalcă în mod grav principiul tratamentului egal și nediscriminării,

DECIZIA de excludere este temeinică și legală. Sunt îndeplinite condițiile pentru excludere. Sunt întrunite condițiile de excludere a Asocierii China-Viaponte

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.

A 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:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale – condiție îndeplinită: Contractul de lucrări a fost reziliat, beneficiarul CNAIR aplicând penalități de 6.600.000 lei pentru neîndeplinirea culpabilă, de către Antreprenorul ICM SpA – Viaponte Rom S.R.L., a activității principale de proiectare. Încălcarea este gravă, dată fiind sancțiunea rezilierii care intervine în situația unei astfel de încălcări și cuantumul prejudiciului nerecuperat produs;
- 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 proiectare a acestora) și a intervenit în derularea unui contract de achiziții publice;
- 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).

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."*

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.

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 *„în 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 lei tocmai datorită unor înțelegeri oculte ale părților; 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, Asocierea ICM SpA – Viaponte aflându-se tocmai în situația de nerespectare gravă a obligațiilor asumate care fundamentează excluderea.

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.

Membri unei asocieri răspund solidar în fața Autorități contractante:

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."*

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.

Documentul constatator se bucură de prezumția de legalitate

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"*.

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.

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.

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.

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.

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

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 s-a referit în plângere, atașând la dosarul cauzei, înscrisuri în copie, certificate, conform cu originalul: Adresa CNAIR nr. 12B/5085/24.04.2018 și captură din SEAP cu punctajul obținut în urma evaluării propunerii tehnice, Decizia CNSC nr. 509/C5/380/386 din data de 02.04.2019, Acordul de asociere nr. 1/24.10.2017 încheiat între membrii Asocierii China, Hotărârea pronunțată de către CJUE în Cauza C -387/14 – Esaprojekt, Hotărârea pronunțată de către CJUE în Cauza C-42/13 – Cartiera dell'Adda SpA, Hotărârea pronunțată de către CJUE în Cauza C-324/14 - Partner Apelski Dariusz, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205383904/1 din data de 11.04.2019.

Legal citată, intimata ASOCIEREA CHINA RAILWAY 14TTH BUREAU CO LTD. - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, PRIN VIAPONTE ROM SRL nu a depus întâmpinare la dosar, dar a formulat note scrise, prin care a arătat că, toate afirmațiile petentei sunt nefondate.

A invocat caracterul neavenit al plângerii, întrucât, așa cum C.N.S.C. a reținut în mod temeinic și legal la pag. 24 din decizia susmenționată, cererea depusă de Astaldi SpA în fața Consiliului „prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie..."

Așadar, calitatea procesuală a societății Astaldi în prezenta cauză, este aceea de intervenient accesoriu.

Or, în ce privește situația intervenientului accesoriu, abilitarea acestuia de a formula acte procesuale în procesul civil nu este una deplină, ci este una limitată și circumscrisă atitudinii procesuale a părții în favoarea căreia intervine, în speță autoritatea contractantă.

Astfel, art. 67 alin. 4 din Noul C. proc. civ. prevede: „Calea de atac exercitată de intervenientul accesoriu se socotește neavenită dacă partea pentru care a intervenit nu a exercitat calea de atac, a renunțat la calea de atac exercitată ori aceasta a fost anulată, perimată sau respinsă fără a fi cercetată în fond". Soluția impusă de art. 67 alin. 4 din Noul C. proc. civ. este una firească, de vreme ce, potrivit art. 61 alin. 3 Cod procedură civilă, intervenientul accesoriu doar sprijină apărarea uneia dintre părți, iar potrivit art. 67 alin. 2 din Noul C. proc. civ. intervenientul accesoriu poate să săvârșească numai actele de procedură care nu contravin interesului părții în favoarea căreia a intervenit.

Calitatea procesuală a societății Astaldi în prezenta cauză, este aceea de intervenient accesoriu, astfel că poziția sa procesuală în prezenta cauză este subordonată poziției

procesuale a părții în favoarea căreia a intervenit în fața Consiliului, și anume autoritatea contractantă.

În prezenta cauză, autoritatea contractantă, pentru care societatea Astaldi a intervenit în fața Consiliului, nu a formulat ea însăși plângere împotriva deciziei Consiliului, rezultă că, în conformitate cu art. 67 alin. 4 din Noul C. proc. civ., coroborat cu art. 61 alin. 3 din Noul C. proc. civ. și cu art. 67 alin. 2 din Noul C. proc. civ., plângerea formulată de societatea Astaldi împotriva deciziei Consiliului este neavenită.

În ceea ce privește fondul plângerii, intimata a arătat că, din cuprinsul Comunicării de excludere a ofertei sale, nu reiese cum Comisia de evaluare a făcut analiza situațiilor de excludere in care se afla VIAPONTE Rom SRL, mai ales ca acesta a indicat in completarea DUAE ca nu se afla in situații de excludere. Autoritatea contractanta nu a realizat nici o verificare efectiva a situației, mai ales ca discutam de o potențiala abatere constatata intr-un contract in care a avut calitatea de Beneficiar, așadar toate documentele privind situația VIAPONTE Rom SRL existau in posesia sa.

Acest document constatator nu atestă că societatea VIAPONTE Rom SRL a încălcat vreo obligație contractuală trecută.

A mai precizat faptul ca nu s-au solicitat Asocierii niciun fel de clarificări cu privire la o acțiune potențiala de verificare de către comisia de evaluare a motivului de excludere așa cum este statuat prin cerințele legii. Se constata astfel o preocupare excesiv formalista a Comisiei de evaluare in evaluarea „documentului constatator" si nu una faptica de demonstrare a motivelor de excludere așa cum sunt ele definite de Legea 98/2016.

Legal citată, intimata COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE a depus note scrise la dosar, prin care a solicitat admiterea plângerii formulate de ASTALDI SpA, astfel cum a fost motivată și întemeiată, arătând în esență că, Decizia CNSC nr. 509/C5/380/386 din data de 02.04.2019 încalcă principiul tratamentului egal și nediscriminării, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE.

CNAIR nu avea obligația de a solicita clarificări ASOCIEREA CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD. - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, PRIN VIAPONTE ROM SRL, câtă vreme, unul dintre membri acesteia, Viaponte Rom SRL a furnizat informații false/eronate în cuprinsul Formularului DUAE, iar situația de fapt care a generat excluderea era foarte bine cunoscută, intimata fiind beneficiarul anterior vătămat prin comportamentul culpabil al actualului ofertant.

La dosarul cauzei a fost atașat dosarul CNSC.

Examinând cu prioritate, în conformitate cu prevederile art. 248 cod pr. civ., excepția caracterului neavenit al plângerii, Curtea o va respinge ca neîntemeiată, avându-se în vedere următoarele considerente:

Dispozițiile Legii nr. 101/2016 se aplică cu prioritate față de orice alte prevederi contrare ale Codului de procedură civilă sau ale altor acte normative. În acest sens este art. 68 din Legea nr. 101/2016, care prevede că, această lege se completează și cu dispozițiile Codului de procedură civilă, în măsura în care prevederile acestuia nu sunt contrare.

Articolul 29 din Legea nr. 101/2016 prevede că, „Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate".

Art. 3 alin. 1 lit. f din Legea nr. 101/2016: „în sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

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

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

Art. 3 alin. 3 din Legea nr. 101/2016:

„3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac".

Aşa fiind, în raport de cele reţinute anterior, Curtea constată că, petenta este persoană vătămată în sensul prevederilor art. 3 alin. 1 lit. f şi alin. 3 din Legea nr. 101/2016 şi, prin urmare, are dreptul de a promova plângere împotriva Deciziei CNSC, independent de decizia CNAIR de a nu promova plângere.

Analizându-se actele şi lucrările dosarului, susţinerile părţilor, dispoziţiile legale incidente, Curtea a reţinut următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, C.N.A.I.R. S.A. a iniţiat procedură de licitaţie deschisă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect "Proiectare si executie autostrada Sibiu - Pitesti, Sectiunea 5 Curtea de Arges – Pitesti km 92+600 – 122+950", prin publicarea în S.E.A.P. a Anunţului de participare nr. 176986 din 11.07.2017.

Ca urmare a evaluării ofertelor depuse de operatorii economici autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 13 B/1661/1.03.2019, publicată în SEAP în 01.03.2019.

Împotriva comunicarii Asocierea China Railway 14th Bureau Group Co. Ltd. - Viaponte Projetos e Consultoria de Engenharia SA a formulat contestaţie, prin care a solicitat:

- Anularea comunicării transmisă de autoritatea contractantă prin adresa nr. 13 B/1661/1.03.2019, publicata in SEAP în 01.03.2019;
- Anularea raportului aferent şi a deciziei autorităţii contractante prin care oferta depusă de contestatoare a fost exclusă în temeiul prevederilor art. 167 alin.(l) lit. g) coroborat cu prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016;
- Anularea oricăror acte subsecvente comunicării rezultatului evaluării din cadrul procedurii de atribuire;
- Reluarea procedurii de atribuire din stadiul la care era în momentul excluderii ofertei Asocierea "China Railway 14th Bureau Group Co Ltd. - Viaponte Rom S.r.l. - Viaponte Projetos e Consultoria.

Prin Decizia CNSC nr. 509/C5/380/386 din data de 02.04.2019 („Decizia CNSC"), contestată în prezenta cauză, s-a luat act de renunţarea la contestaţia formulată de TIRRENA SCAVI SPA (Dosar nr. 380/2019), în contradictoriu cu COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritatea contractantă.

A fost respinsă ca prematură solicitarea TIRRENA SCAVI SPA de restituire a cauţiunii constituită pentru soluţionarea contestaţiei care a făcut obiectul dosarului nr. 380/2019.

Au fost respinse, ca nefondate, excepţiile lipsei calităţii procesuale de folosinţă active, a lipsei calităţii procesuale active a asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA (Dosar nr. 386/2019), invocate de intervenientă.

A fost admisă contestația formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA (Dosar nr. 386/2019), în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, anulat, în parte, procesul verbal nr. 13B/410/17.01.2019 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA și la stabilirea clasamentului și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.

A fost respinsă ca rămasă fără obiect cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA (Dosar nr. 380/2019).

A fost respinsă cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA (Dosar 386/2019).

Curtea reține că sunt neîntemeiate susținerile petentei referitoare la faptul că, "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: 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 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".

Astfel, constată că, interpretarea petentei, în sensul că art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 permite oricărui membru să formuleze orice cale de atac reglementată de lege, însă doar în nume propriu, nu și în numele asocierii, este eronată, contravine intenției legiuitorului.

Când, în cadrul art. 2 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 legiuitorul a prevăzut că „oricare dintre membri unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege", el nu a intenționat să-i interzică unui membru al asocierii să acționeze în numele asocierii.

Din contră, rațiunea pentru care legiuitorul a edictat art. 2 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 este aceea de a nu condiționa demersul judiciar de mențiunea că prin acțiunea formulată de un asociat acesta acționează în numele asocierii, deci de a permite asociatului respectiv să efectueze demersul judiciar si în nume propriu, fără ca instanța de judecată să mai poată admită o eventuală excepție a lipsei calității procesuale a asociatului care formulează acțiunea în nume propriu.

Așadar, intenția legiuitorului a fost aceea de a facilita situația procesuală a membrilor asocierii, cărora li s-a permis să efectueze demersul judiciar și în nume propriu, iar nu numai în numele asocierii.

Legiuitorul nu a intenționat ca, prin adoptarea art. 2 alin. 2 din Legea nr. 101/2016, să interzică unui membru al asocierii să efectueze un demers judiciar în numele asocierii.

Curtea reține că, personalitatea juridică și, implicit, capacitatea juridică civilă nu se confundă cu capacitatea de drept administrativ, prevederea legală de la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 reprezentând o transpunere a principiului că în materia litigiilor de contencios administrativ nu are relevanță personalitatea juridică pentru ca o autoritate publică care acționează ca autoritate contractantă în materia achizițiilor publice să aibă calitate procesuală, ci relevantă este capacitatea administrativă de a emite acte administrative.

Nici referirile petentei la art. 84 C. pr. civ. şi la Hotărârea prealabilă nr. 9/2016 pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept nu pot fi primite, deoarece acestea se referă la o situaţie diferită faţă de cea din speţa de faţă.

Astfel, art. 84 alin. 1 din Noul C. proc. civ. prevede:

„(1) Persoanele juridice pot fi reprezentate convenţional în faţa instanţelor de judecată numai prin consilier juridic sau avocat, în condiţiile legii".

Prin Decizia nr. 9/2016 privind examinarea sesizării formulate de Tribunalul Braşov - Secţia I civilă în vederea pronunţării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea următoarei chestiuni de drept: modul de interpretare a dispoziţiilor art. 84 alin. (1) din Codul de procedură civilă, în sensul de a şti dacă acestea permit reprezentarea convenţională a persoanelor juridice în faţa instanţelor de judecată printr-un mandatar persoană juridică, inclusiv formularea cererii introductive de instanţă printr-o astfel de persoană juridică, respectiv prin consilierul juridic sau avocatul acesteia din urmă, înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept a statuat: „în interpretarea şi aplicarea dispoziţiilor art. 84 alin. (1) din Codul de procedură civilă, cererea de chemare în judecată şi reprezentarea convenţională a persoanei juridice în faţa instanţelor de judecată nu se pot face prin mandatar persoană juridică, nici prin consilierul juridic sau avocatul acesteia din urmă".

Considerentele esenţiale pentru care Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a statuat în sensul celor de mai sus, sunt următoarele:

„26. Soluţia legislativă conţinută în art. 84 alin. (1) din Codul de procedură civilă nu este întru totul nouă, ci constituie particularizarea unei soluţii de principiu statuate în sistemul nostru juridic anterior intrării în vigoare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată (2), cu modificările ulterioare, cu privire la problema admisibilităţii desfăşurării de către societăţi a activităţilor de consultanţă, asistenţă şi reprezentare juridică. în acest sens, prin Decizia nr. XXII din 12 iunie 2006, pronunţată de înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Secţiile Unite în soluţionarea recursului în interesul legii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 936 din 20 noiembrie 2006, s-a stabilit că: "cererile de autorizare a constituirii şi de înmatriculare a societăţilor comerciale de consultanţă, asistenţă şi reprezentare juridică sunt inadmisibile".

27. În considerentele acestei decizii s-a reţinut că activităţile juridice de consultanţă, de reprezentare şi asistenţă juridică, precum şi de redactare de acte juridice, inclusiv a acţiunilor introductive în instanţă, cu posibilitatea atestării identităţii părţilor, a conţinutului şi a datei actelor, apărarea şi reprezentarea cu mijloace juridice a drepturilor şi intereselor legitime ale persoanelor fizice şi juridice, în raporturile cu autorităţile publice, cu instituţiile şi cu orice persoană română sau străină, constituie, după caz, activităţi specifice profesiei de avocat, reglementate în art. 3 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea şi exercitarea profesiei de avocat, republicată (2), cu modificările ulterioare, profesiei de notar public [art. 8, 9 şi 10 din Legea notarilor publici şi a activităţii notariale nr. 36/1995, republicată (3)] sau celei de executor judecătoresc (art. 7 din Legea nr. 188/2000 privind executorii judecătoreşti, republicată, cu modificările şi completările ulterioare).

28. De asemenea, anumite activităţi juridice, cum sunt cele de reprezentare juridică, de redactare a unor acte juridice, de formulare de acţiuni, de exercitare şi motivare a căilor de atac, pot fi îndeplinite de consilierii juridici, dar prestarea unor astfel de activităţi le este permisă numai în condiţiile reglementate prin art. 1-4 din Legea nr. 514/2003 privind organizarea şi exercitarea profesiei de consilier juridic, cu completările ulterioare, adică în calitatea lor de funcţionari publici sau de angajaţi, cu contract individual de muncă, la o persoană juridică de drept public sau privat.

29. Având în vedere că activitățile menționate nu se încadrează în categoria faptelor de comerț, prin raportare la dispozițiile art. 3 și 4 din Codul comercial (în vigoare la data pronunțării deciziei în interesul legii), Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că acestea nu pot fi exercitate de societăți constituite cu un asemenea obiect, cererile de autorizare a constituirii și de înmatriculare a unor astfel de societăți fiind inadmisibile".

Așa fiind, Curtea reține că, Hotărârea prealabilă nr. 9/ 2016 a Î.C.C.J. se referă la situația în care un mandatar persoană juridică ar împuternici o altă persoană juridică, cu care nu are nicio altă legătură, să-l reprezinte convențional în fața instanțelor de judecată. Evident, acest lucru nu este permis, întrucât încă din anul 2006 (prin Decizia nr. XXII din 12 iunie 2006 pronunțată în recurs în interesul legii, la care Hotărârea prealabilă nr. 9/ 2016 face trimitere expresă), Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că „cererile de autorizare a constituirii și de înmatriculare a societăților comerciale de consultanță, asistență și reprezentare juridică sunt inadmisibile".

Situația din speța de față este însă diferită: nu suntem în ipoteza în care un mandatar persoană juridică a împuternicit o altă persoană juridică, cu care nu are nicio altă legătură, să-l reprezinte convențional în fata instanțelor de judecată. Este situația, întâlnită frecvent si permisă în materia contenciosului special al achizițiilor publice, în care unul dintre membri asocierii efectuează un demers judiciar în numele asocierii din care el însuși face parte, acționând, deci, atât în interesul său personal, cât și în interesul celorlalți membri ai asocierii.

Mai mult, decizia XXII în recurs în interesul legii prin care, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că, nu pot fi înmatriculate în Registrul Comerțului societăți comerciale care să aibă ca obiect de activitate reprezentarea juridică în fața instanțelor de judecată, datează încă din anul 2006. Or, din 2006 și până în până în prezent, date fiind prevederile legislației speciale în materia achizițiilor publice, atât C.N.S.C., cât și instanțele de judecată, în miile de cauze aflate pe rolul lor, au statuat că un demers judiciar poate fi formulat de unul dintre membri asocierii, în numele acesteia, decizia nr. XXII/ 2006 sus-menționată neavând legătură cu prezenta cauză, așa cum am arătat mai sus.

Față de aspectele reținute anterior, Curtea constată că, soluția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor de respingere a excepțiilor lipsei capacității procesuale de folosință și lipsei calității procesuale active în formularea contestației în fața Consiliului, excepții invocate de Astaldi, este legală și temeinică. Folosirea de către Consiliu în motivarea deciziei atacate cu plângere a sintagmei „calitate procesuală de folosință", în loc de „capacitate procesuală de folosință", aspect pe care petenta încearcă să-l speculeze, reprezintă o simplă eroare materială.

În ce privește fondul plângerii, Curtea reține următoarele:

În ceea ce privește excluderea ofertei intimatei Asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA, S.A., Curtea reține că, s-a făcut cu încălcarea prevederilor Legii nr. 98/2016:

Astfel, prin Comunicarea de excludere oferta nr. 13B/1661/01.03.2019 autoritatea contractanta CNAIR informează petenta că, oferta asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA, S A. a fost exclusă în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g), întrucât în urma interogării platformei SEAP s-a identificat documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 emis pentru neîndeplinirea corespunzătoare a contractului de către Asocierea ICM SPA (fosta Impresa Construzioni Giuseppe Maltauro SPA) - VIAPONTE Rom SRL, prin liderul Asocierii ICM SPA, acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări „Proiectarea si execuția Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sector 3A", contract încheiat cu CNAIR SA.

În continuarea comunicării, autoritatea contractantă redă conținutul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 și adaugă că, pentru clarificarea aspectelor incluse în acest document s-a constatat ca Asocierea ICM SPA - VIAPONTE Rom SRL a introdus mai multe acțiuni în justiție, ultima dintre acestea fiind în faza de recurs.

Curtea reține că, din cuprinsul Comunicării de excludere a ofertei petentei, nu reiese cum a făcut Comisia de evaluare, analiza situațiilor de excludere în care se afla VIAPONTE Rom SRL, mai ales că, acesta a indicat în completarea DUAE că, nu se afla în situații de excludere. Autoritatea contractanta nu a realizat nicio verificare efectiva a situației, mai ales că este vorba de o potențiala abatere constatata într-un contract în care a avut calitatea de Beneficiar, așadar toate documentele privind situația VIAPONTE Rom SRL existau în posesia sa.

Nu s-au solicitat Asocierii niciun fel de clarificări cu privire la o acțiune potențiala de verificare de către comisia de evaluare a motivului de excludere așa cum este statuat prin cerințele legii. Se constata astfel, un formalism al Comisiei în evaluarea „documentului constatator" și nu una faptică de demonstrare a motivelor de excludere așa cum sunt ele definite de Legea 98/2016.

Potrivit art. 171 (1) si (2) din Legea nr. 98/2016:

„ART. 171

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

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

Autoritatea contractantă a eludat dreptul conferit de Legea 98/2016 operatorului economic, de a putea furniza dovezi privind credibilitatea petentei.

Situația VIAPONTE Rom SRL în legătura cu contractul pentru care a fost emis documentul constatator nu avea de unde să cunoască la momentul când, expertului său Vlad Chiotan i-a fost impusa înlocuirea, sau la momentul când, și-a redus participarea la 0,01% că ICM SPA, liderul asocierii (Antreprenorul) nu își va îndeplini obligațiile contractuale.

Curtea reține că, potrivit art. 166 alin. (1) din HG 395/2016 „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 si, daca este cazul, la eventualele prejudicii".

Chiar daca documentul constatator în baza căruia a fost exclusă petenta, nu conține aceste informații, se reține că, în mod legal, Comisia de evaluare a CNAIR trebuia să facă o analiză temeinică a situației VIAPONTE Rom SRL și să comunice documentul constatator către VIAPONTE Rom SRL.

Se reține că, Autoritatea contractantă a exclus asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA, S.A. în baza articolului 167 (1) litera g), coroborat cu prevederile art. 169 din Legea 98/2016, dar nu a avut în vedere și prevederile legale de la art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea 98/2016 și art. 166 din HG 395/2016, precum și DIRECTIVA 2014/24/UE - art. 57.

Potrivit art. 167 (1) litera g) Legea 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 şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile".

Art. 167 din HG nr. 395/2016 - Norme de aplicare Legea 98/2016:

„(8) în sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract.

Art. 166

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege

Aşa cum am arătat mai sus contractantul asociat VIAPONTE ROM, in calitate de Operator economic asociat nu a încălcat nici in mod grav, nici in mod repetat obligaţiile sale pentru ca nu a realizat nicio activitate in cadrul contractului respectiv".

Curtea are în vedere şi prevederile art. 57 din DIRECTIVA 2014/24/UE, care a fost transpusă în legislaţia naţională,

„(6) Orice operator economic care se află în una dintre situaţiile menţionate la alineatele (1) şi (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existentei unui motiv relevant de excludere Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziţie".

Curtea reţine reglementarea imperativă din Directiva mai sus citată, care prevede clar că, operatorul economic nu va fi exclus dacă prezintă dovezi în demonstrarea fiabilităţii sale.

Consiliul a reţinut în mod corect că, decizia CNAIR trebuia să se bazeze pe o analiză reală a circumstanţelor concrete care au dus la rezilierea contractului care a făcut obiectul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, prin aprecierea culpei Viaponte Rom SRL în executarea acestui contract, în condiţiile în care din documentul constatator nu rezultă, cu evidenţă, culpa gravă si evidentă a contestatoarei în executarea contractului" şi că în cauză a fost încălcat "dreptul efectiv al ofertantului de a beneficia de o explicaţie fundamentata sub aceste aspecte".

Nu sunt întemeiate susţinerile petentei, urmând a fi respinse, în ceea ce priveşte faptul că, autoritatea contractantă avea dreptul şi nu obligaţia să solicite clarificări referitoare la situaţia petentei.

Curtea reţine că, orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167, care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi, care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

În acest sens sunt prevederile art. 171 (1) si (2) din Legea nr. 98/2016, care prevăd:

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

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

Petenta susţine că, certificatul constatator se bucura de prezumţia de legalitate.

Curtea reţine că, Viaponte Rom SRL nu a contestat acest fapt, iar în cuprinsul contestaţiei s-a arătat că, în acest certificat trebuiau indicate faptele pentru fiecare asociat în parte. În cazul în care nu s-au indicat, în mod legal, situaţia trebuia verificată de către autoritatea contractantă în sensul art. 171 alin. (1) si (2).

Susţine petenta că, asociaţii răspund solidar fata de autoritatea contractantă. Din opinia ANAP reiese că „fiecare din părţi participă la beneficiile şi pierderile activităţii sau operaţiunii propuse".

Cota Viaponte Rom SRL de beneficii şi pierderi a fost stabilita la % şi diminuată la %,.

Petenta a mai susţinut că, CNSC a insistat pe analiza de către CNAIR a documentelor noi, depuse de Asocierea China pentru prima oara în etapa soluţionării contestaţiei, însă reiese din dosarul CNSC că, documentele depuse ca anexe ale contestaţiei erau deja în posesia CNAIR, fiind documente aferente Contractului încheiat cu beneficiarul CNAIR, contract ce face obiectul Documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de CNAIR.

Aşa fiind, avându-se în vedere aspectele de fapt şi de drept reţinute mai sus, Curtea reţine legalitatea Deciziei nr. 509/C5/380/386 din data de 02.04.2019 a CNSC, astfel că în baza art. 34 din Legea nr. 101/2016 va respinge plângerea ca nefondată.

În conformitate cu prevederile art. 453 Cod pr. civ. va obliga petenta să plătească intimatei Asocierea China Railway 14 th Bureau Cp Ltd-Viaponte Rom Srl-Viaponte, Projetos e Consultoria de Engenharia SA, prin Viaponte Rom SRL, suma de 3000 lei cheltuieli de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE
ÎN NUMELE LEGII
DECIDE:

Respinge excepţia caracterului neavenit al plângerii ca neîntemeiată.

Respinge plângerea plângerii formulate împotriva Deciziei C.N.S.C. nr.509/C5/380/386 din data de 02.04.2019 de **petenta ASTALDI SPA,** cu domiciliul procesual ales la SCA Ţuca Zbârcea şi Asociaţii, cu sediul în Bucureşti, Şoseaua Nicolae Titulescu nr.4-8, clădirea America House, intrarea Aripa de Vest, et.8, sector 1, în contradictoriu cu **intimaţii ASOCIEREA CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD. - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, PRIN VIAPONTE ROM SRL (ASOCIEREA CHINA),** cu sediul în Bucureşti, sector 2, strada Arhitect Alexandru Săvulescu nr.6 şi **COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE,** cu sediul în Bucureşti, b-dul Dinicu Golescu nr.38, sector 1, ca nefondată.

Obligă petenta să plătească intimatei Asocierea China Railway 14 th Bureau Cp Ltd-Viaponte Rom Srl-Viaponte, Projetos e Consultoria de Engenharia SA, prin Viaponte Rom SRL, suma de lei cheltuieli de judecată.

Definitivă.

Pronunţată în şedinţă publică.

PREŞEDINTE, Doina Vişan

JUDECĂTOR, Marius Cristian Ispas

JUDECĂTOR, Vasile Bîcu

GREFIER, Andreea Cristina Fertu

Red./Tehnored.DV / 4 ex./16.07.2019
Data redactării :

lucrat 2 comunicări la data de 13.08.19

semnătură grefier