CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.
Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980 Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

COMPANIA NATIONALA DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.
Bucuresti, SECTOR 3, BULEVARDUL DINICU GOLESCU NR 38, SECTOR 1

Nr. 15041/560/C5/16.04.2020
DAP. NR. 43/24.04.2020
DATE 63/24.04.2020./24B

În conformitate cu dispozițiile art. 27 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă transmitem alăturat Decizia nr. 635/C5/560/16.04.2020, pentru soluționarea contestației înregistrată la CNSC cu nr. 12489/31.03.2020.

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
24 APR. 2020
Nr. înregistrare 92/ 24380

PREȘEDINTE,
Florentina DRĂGAN

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 635/C5/560
Data: 16.04.2020

Prin contestația FN la emitentă, datată la 31.03.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 12489/31.03.2020, asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD – SC VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, prin SC VIAPONTE ROM SRL, cu sediul în municipiul București, str. Arhitect Alexandru Săvulescu nr. 6, sector 2, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J40/5528/2004, având CIF RO 16310237, reprezentată convențional prin Cabinet de Avocat Lixăndroiu Liviu, cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în strada Dr. Joseph Lister, nr. 7, corp B, et. 1, ap. 12, sector 5, municipiul București, a contestat adresa nr. 92/16822 din 19 martie 2020, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și raportul procedurii de atribuire nr. 20/2444/19.03.2020, documente întocmite în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92+600 – 122+950"*, coduri CPV 45233110-3, 45221111-3 și 71322500-6 (Rev.2), inițiată de către COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, cu sediul în municipiul București, Bulevardul Dinicu Golescu, nr. 38, sector 1, în calitate de autoritate contractantă și a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 92/16822 din 19 martie 2020 publicată în SEAP în 19.03.2020;
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 20/2444/19.03.2020 și a deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost exclusă în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016;

- anularea deciziei de excludere a ofertei Asocierii CHINA RAILWAY 14™ BUREAU CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA;

- anularea oricăror acte subsecvente adresei și raportului menționate anterior;

- anularea tuturor actelor subsecvente procesului-verbal de evaluare nr. 18, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13B/3917/ 10.05.2019, în cadrul căruia observatorii ANAP au făcut opinie separată față de decizia de reexcludere a Asocierii, opinie separată în care, indicând cu claritate normele legale încălcate de autoritatea contractantă, observatorii ANAP au arătat că prima decizie pronunțată în procedura de atribuire de CNSC, respectiv Decizia nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 270/07.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 2189/2/2019, nu a fost pusă niciodată în aplicare de autoritatea contractantă;

- obligarea autorității contractante, în conformitate cu opinia observatorilor ANAP, la punerea în aplicare a Deciziei nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 270/07.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 2189/2/2019;

- reluarea procedurii de atribuire din stadiul în care era la momentul emiterii procesului-verbal de evaluare nr. 18, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13B/3917/10.05.2019;

- să se pună în vedere autorității contractante, să transmită către CNSC documentul constatator nr. 92/21463 din 28.03.2018 emis de CNAIR, întrucât, prin acest document constatator CNAIR a reținut că SALINI IMPREGILO SpA, care a preluat Astaldi SpA și care va executa contractul din prezenta procedură dacă acesta va fi semnat cu Astaldi, nu și-a executat corespunzător obligațiile ce-i reveneau conform contractului de lucrări nr. 92/69425/18.10.2013 - *„Proiectare și execuție Autostrada Lugoj-Deva, lot 2, km 27+620 - km 56+220",* ceea ce a determinat încetarea parțială a contractului; totodată, în cazul în care existența și conținutul acestui document constatator se confirmă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la excluderea ofertei depuse de Astaldi SpA.

- solicitarea autorității contractante de a depune opinia separată a observatorului ANAP Vasilica Mărgeanu, opinie ce nu a fost inserată în raportul procedurii de atribuire nr. 20/2444/19.03.2020.

ASTALDI SpA, prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 13795/08.04.2020 și prin Poșta Română, înregistrată la Consiliu sub nr. 14351/13.04.2020, în calitate de ofertant câștigător la procedură, cu sediul în Italia, Roma, str. Giulio Vicenzo Bona nr. 65-00156, înregistrată la Camera de Comerț, Industrie, Artizanat și Agricultură din Roma cu nr. CEW/9834/2010/CRM0698, având cod fiscal 00398970582, reprezentată legal prin dl. Pier Luca Canino și, convențional, prin SCA Țuca Zbârcea & Asociații din municipiul București, Șoseaua Nicolae Titulescu nr. 4-8, clădirea America House, intrarea Aripa

de Vest, etaj 8, sector 1, unde solicită comunicarea actelor de procedură, a formulat cererea de intervenție și a solicitat:

a) pe cale de excepție, respingerea contestației ca fiind introdusă de o persoană lipsită de calitate procesuală activă/lipsită de interes, dat fiind că asocierea contestatoare nu și-a prelungit valabilitatea ofertei și a garanției de participare depuse în procedura de atribuire;

b) pe cale de excepție, respingerea ca lipsită de interes a contestației promovate de către Viaponte împotriva deciziei de excludere, comunicată acestuia prin adresa CNAIR nr. 92/16822/19.03.2020 și

c) în subsidiar, pe fond, respingerea contestației, cu consecința menținerii ca fiind temeinice și legale atât a comunicării rezultatului procedurii de atribuire, cât și a oricăror și tuturor actelor anterioare/ subsecvente emiterii acesteia.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținerea contestației, SC VIAPONTE ROM SRL aduce la cunoștință că prin comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr. 92/16822 din 19 martie 2020, a fost menținută decizia de excludere a ofertei asocierii din care face parte.

Contestatoarea precizează că, la data de 11.07.2017, a fost lansată procedura de atribuire a contractului *„Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92+600 – 122+950”,* depunerea ofertelor având loc la data de 27.10.2017.

La data de 15.11.2017 a primit din partea autorității contractante solicitări de clarificări privind DUAE-urile depuse de asociați în ceea ce privește aspecte privind subcontractanții, la care a răspuns conform și în termenul acordat, autoritatea contractantă nesolicitând vreo clarificare, directă sau suplimentară, privind potențiale situații de excludere ale VIAPONTE Rom SRL.

La data de 23.11.2017 a primit comunicarea privind finalizarea etapei de evaluare DUAE, etapă finalizată cu trecerea la etapa de verificare tehnică.

Pe parcursul evaluării tehnice, în datele de 29.01.2018, 27.02.2018, 30.03.2018 și 13.04.2018 autoritatea contractantă a solicitat clarificări privind propunerea tehnică, asocierea răspunzând conform și în termen la fiecare dintre solicitări.

Prin comunicarea de finalizare a etapei de evaluare tehnică, din data 24.04.2018, oferta sa a fost declarată admisibilă, urmând ca autoritatea contractantă să treacă la faza de verificare a propunerilor financiare.

Contestatoarea precizează că în datele de 16.05.2018 și 14.06.2018, a primit solicitări de clarificări privind propunerea financiară, care au vizat inclusiv justificarea prețului ofertat, iar, circa aproximativ 8 luni, nu a mai primit nicio altă solicitare de clarificări referitoare la oferta sa, autoritatea contractantă prelungind perioada de evaluare a ofertelor de mai multe ori.

Pentru participarea la procedură, asocierea din care face parte a constituit o garanție de participare în valoare de 7.356.170,40 euro pentru

care autoritatea contractantă a solicitat în mai multe rânduri prelungirea valabilității, ceea ce a presupus costuri suplimentare semnificative.

În continuare contestatoarea prezintă modalitatea prin care autoritatea contractantă a exclus repetat oferta sa de la procedură, precum și litigiile desfășurate între părți:

- Asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA, S.A. se afla înainte de excludere pe locul 1 cu un punctaj de 100 puncte, fapt ce reiese din procesul verbal de evaluare nr. 13 al CNAIR.
- la data de 01.03.2019, prin comunicarea de excludere nr. 13B/1661/01.03.2019 autoritatea contractantă a informat-o că oferta asocierii 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 și execuția Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sector 3A",* contract încheiat cu CNAIR SA, în comunicarea acestui rezultat redând informațiile din documentului constatator nr. 57866/07.08.2017.
- împotriva comunicării de excludere nr. 13B/1661/01.03.2019, a depus contestație în data de 11.03.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 8971/11.03.2019, fiind constituit la Consiliu dosarul nr. 386/2019. Prin Decizia CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, contestația asocierii a fost admisă, autoritatea contractantă fiind obligată ca în termen de 15 zile să reevalueze oferta sa cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivarea Deciziei CNSC. Consiliul a reținut, astfel, că autoritatea contractantă nu a aplicat dispozițiile legale imperative de la art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, nepermițându-i furnizarea unor dovezi privind credibilitatea VIAPONTE Rom SRL prin raportare la motivele de excludere.

În dosarul CNSC, nr. 386/2019, societatea Astaldi SpA a depus cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, aceasta fiind respinsă de Consiliu.

- Astaldi SpA a formulat plângere la Curtea de Apel București împotriva deciziei CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, fiind constituit dosarul nr. 2189/2/2019. Prin Decizia civilă nr. 270/07.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, plângerea a fost respinsă în mod definitiv.

Printre considerentele esențiale pentru care instanța a respins plângerea formulată de Astaldi SpA împotriva deciziei CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, se regăsesc următoarele motive: *„din documentul constatator nu rezultă, cu evidență, culpa gravă și evidentă a contestatoarei în executarea contractului"; „Consiliul a reținut în mod corect că decizia CNAIR trebuia să se bazeze pe o analiză reală a circumstanțelor concrete care au dus în rezilierea contractului care a făcut obiectul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 prin aprecierea*

culpei Viaponte Rom SRL în executarea acestui contract, în condițiile în care din documentul constatator nu rezultă, cu evidență, culpa gravă și evidentă a contestatoarei în executarea contractului și că în cauză a fost încălcat «dreptul efectiv al ofertantului de a beneficia de o explicație fundamentată sub aceste aspecte»"; „Nu sunt întemeiate susținerile petentei, urmând a fi respinse în ceea ce privește faptul că autoritatea contractantă avea dreptul și nu obligația să solicite clarificări referitoare la situația petentei".

- la data de 18.04.2019, ca urmare a deciziei CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, autoritatea contractantă a transmis contestatoarei solicitarea de clarificări nr. 13B/3339/ 18.04.2019, prin răspunsul comunicat la data de 25.04.2019 prezentând dovezile privind credibilitatea VIAPONTE Rom SRL prin raportare la motivele de excludere.
- Prin comunicarea nr. 13B/3923/10.05.2019, autoritatea contractantă i-a adus cunoștință excluderea, din nou, a ofertei depuse, comunicarea neconținând nicio analiză temeinică, nicio descriere concretă a abaterilor grave și repetate comise de VIAPONTE Rom SRL și nicio referire la dovezile prezentate prin care a demonstrat că VIAPONTE ROM este o companie credibilă.

Astfel, susține contestatoarea, în procesul verbal nr. 18, autoritatea contractantă a reținut: *„În urma analizării celor consemnate, comisia de evaluare achiesează la punctul de vedere exprimat de către ASTALDI SpA, întrucât toate aspectele detaliate cu privire la documentul constatator 57866/07.08.2017 emis de CNAIR SA pentru Asocierea ICM SpA (fosta Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro SpA) - SC VIAPONTE ROM SRL corespund realității de fapt (...)".*

Decizia de reexcludere este fundamentată pe plângerea formulată în instanță de același concurent, respinsă în mod definitiv prin decizia civilă nr. 270/07.06.2019, pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. 2189/2/2019.

Observatorii ANAP, au făcut opinie separată la procesul verbal nr. 18, precizând următoarele:

„Potrivit art.166 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și punctului de vedere al ANAP nr. 3312/08.03.2019, documentul constatator se emite pentru fiecare contractant asociat în parte. Emiterea documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 pentru întreaga asociere, fără a se ține cont de culpa fiecărui asociat în parte cu privire la neîndeplinirea contractului în cauză, raportat la beneficiile și pierderile rezultate de pe urma Asocierii a condus la o apreciere și analiză subiectivă a comisiei de evaluare referitoare la gradul de implicare a asociatului Viaponte Rom SRL la nerealizarea contractului nr. 92/30792/26.05.2016.

În cadrul procesului-verbal nr. 13B/39I7/10.05.2019, comisia de evaluare nu a analizat adresele de corespondență dintre ICM SpA și Inginer (JV Egis Scetaroute - Egis International) din care rezultă că în data de 19.10.2016, persoana desemnată inițial de către Viaponte Rom SRL, proiectantul lucrării, pentru poziția de șef echipă proiectare în cadrul contractului nr. 92/30792/26.05.2016, a fost înlocuită cu un alt expert,

desemnat de către liderul de asociere ICM SpA, executantul lucrării”, concluzionând:

„Ca urmare, observatorii apreciază că decizia comisiei de evaluare de excludere din procedură a Asocierii China Railway 14TH Bureau CO LTD, Viaponte Rom SRL, Waponte Pvojetos E ConsuUoria Dc Engenharia SA nu s-a bazat pe o analiză reală și obiectivă, nefiind pusă în aplicare în mod obiectiv Decizia CNSC nr. 509/C5/380/386/02.05.2020.

Prevederi legale încălcate: art.28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, art. 2 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016, art. 131, alin. (4), art. 134 alin. (1) din HG nr.395/2016, cu modificările și completările ulterioare”.

Contestatoarea susține că, autoritatea contractantă, ignorând opinia observatorilor ANAP, în care aceștia au indicat cu claritate normele legale încălcate de autoritatea contractantă, nu a pus niciodată în aplicare decizia CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, rămasă definitivă prin decizia civilă nr. 270/ 07.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VUI-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 2189/2/2019.

- împotriva deciziei de reexcludere, adusă la cunoștință prin comunicarea nr. 13B/3923/10.05.2019, a formulat la CNSC o nouă contestație, operatorul Astaldi SpA formulând din nou cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante.

Prin Decizia nr. 1086/C5/893/894 din data de 04.07.2019, CNSC a admis contestația formulată anulând în parte, procesul verbal nr. 18 sus-menționat și actele subsecvente acestuia și a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la data primirii deciziei, să reevalueze oferta Asocierii, conform celor reținute în motivare în raport de această soluție, cererea de intervenție accesorie formulată de Astaldi SpA fiind respinsă.

- Împotriva Deciziei nr. 1086/C5/893/894 din data de 04.07.2019 pronunțate de CNSC, Astaldi SpA a formulat plângere, fiind constituit pe rolul Curții de Apel București - Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal dosarul 4076/2/2019.

Curtea de Apel București - Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal a pronunțat decizia nr. 409/2019 din 12 august 2019, în dosarul nr. 4076/2/2019, prin care a admis plângerea formulată de Astaldi SpA și a modificat în parte Decizia nr. 1086/C5/893/894 din data de 04.07.2019 pronunțată de CNSC, în sensul că a respins, ca neîntemeiată, contestația formulată la CNSC de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA.

Contestatorul susține că această decizie încalcă autoritatea de lucru judecat a primei decizii definitive pronunțate de Curtea de Apel București în cadrul acestei proceduri, și anume autoritatea de lucru judecat a deciziei civile nr. 270/ 07.06.2019, prin care Curtea de Apel București a statuat în motivare (la pag. 22 a acestei decizii) că *„(...) din documentul constatator nu rezultă, cu evidență, culpa gravă și evidentă a contestatoarei în executarea contractului”.*

Contestatoarea susține că Decizia CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, rămasă definitivă prin decizia civilă nr. 270/ 07.06.2019 a

Curții de Apel București nu a fost pusă niciodată în aplicare de autoritatea contractantă.

În motivarea deciziei nr. 409/12.08.2019, în dosarul 4076/2/2019, Curtea de Apel București a reținut, în esență:

- „în primul rând, pentru a fi în prezența acestei situații «nota noastră: situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016», este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- încălcarea în mod grav a obligațiilor principale;

- consecința acestei încălcări să fi condus la aplicarea unor sancțiuni (încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile);

- perioada scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele nu a depășit 3 ani.

Or, contrar aprecierii Consiliului, actele depuse dovedesc în mod cert îndeplinirea acestor condiții.

Referitor la prima condiție, se reține existența certă (pe platforma SEAP) a documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, emis pentru Asocierea ICM SpA - SC Via ponte Rom SRL (...).

Ca atare, documentul constatator emis relevă cu prisosință îndeplinirea primei condiții, de vreme ce menționează fără echivoc neexecutarea culpabilă a obligației referitoare la activitatea de proiectare de către Asocierea din care face parte, în calitate de contractant, și intimata SC Viaponte Rom SRL. Această neexecutare se circumscrie unei «încălcări grave a obligației principale», în condițiile în care contractul avea ca obiect «proiectarea și execuția Autostrăzii Brașov-Tg Mureș-Cluj- Oradea».

Același document confirmă și îndeplinirea celei de-a doua condiții, menționând că sancțiunea acestei neexecutări a condus la reziliere și aplicarea de penalități, pentru acoperirea prejudiciului suferit de autoritatea contractantă.

Cea de-a treia condiție este, de asemenea, îndeplinită, în raport de momentul la care s-au petrecut evenimentele (relevantă în acest caz fiind data rezilierii respectiv 25.07.2017. (...)

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. (g) și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură, autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii. (...)

(...) prin sentința civilă nr. 5807/28.09.2018 Tribunalul București a respins cererea intimatei de anulare a acestui document constatator.

Corect a reținut autoritatea contractantă că, deși această ultimă sentință nu este definitivă, beneficiază de putere de lucru judecat provizorie, astfel încât, ca orice act administrativ care se bucură de prezumția de legalitate și temeinicie până la anulare, documentul constatator trebuie avut în vedere și în prezenta procedură de achiziție. (...)

Stabilirea de către autoritatea contractantă a culpei fiecărui asociat sau a veridicității celor menționate în cuprinsul documentului constatator excedă atribuțiilor sale, întrucât validitatea documentului constatator și respectiv, îndeplinirea condițiilor formale și de fond la momentul emiterii sale, sunt aspecte ce pot fi analizate doar în cadrul litigiului declanșat în baza art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016, demers de care intimata a și uzat, atât prin cererea de arbitrare cât și prin cererea adresată instanței.

A stabili în cadrul acestui litigiu legalitatea și temeinicia celor menționate în documentul constatator ar însemna a lipsi de interes și de efect orice alt litigiu având acest obiect, iar soluția ar fi dată cu exces de putere de vreme ce autoritatea contractantă nu are atribuții în acest sens; de altfel, nici nu s-ar putea cere autorității contractante să nu țină seama de un act administrativ, emis de ea însăși, care a intrat în circuitul civil și căruia trebuie să i se recunoască efectele în vederea cărora a fost emis. (...)

Fiind singura în măsură «autoritatea contractantă» să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici Consiliul și nici instanța nu pot interveni (...).

(...) în rest, apărările intimatei se referă numai la conținutul documentului constatator, criticile vizând legalitatea și temeinicia celor reținute; așa cum s-a arătat, aceste critici nu pot fi analizate în prezenta cauză, care nu are ca obiect stabilirea legalității acestui document constatator, putând fi valorificate în litigiile având acest obiect, deja aflate pe rolul instanței și a Curții de Arbitraj".

- împotriva deciziei nr. 409/2019 pronunțate la data de 12 august 2019 în dosarul nr. 4076/2/2019 contestatoarea a formulat la Înalta Curte de Casație și Justiție - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal cerere de revizuire, pentru motivul prevăzut de art. 509 alin. (1) pct. 8 din Noul Cod de proc. Civ, motivând că decizia nr. 409/2019 din data de 12 august 2019, încalcă autoritatea de lucru judecat a deciziei anterioare nr. 270/2019, pronunțate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire de Curtea de Apel București la data de 07.06.2019 în dosarul nr. 2189/2/2019, prin care instanța a statuat în mod definitiv că *„(...) din documentul constatator nu rezultă, cu evidență, culpa gravă și evidentă a contestatoarei în executarea contractului".*
- Prin decizia nr. 1006/2020 din data de 20.02.2020 pronunțată de Înalta Curte de casație și Justiție - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 2263/1/2019, această instanță a respins cererea de revizuire, decizia nefiind redactată până în prezent.
- împotriva deciziei nr. 1006/2020 din data de 20.02.2020 pronunțată de Înalta Curte de casație și Justiție - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 2263/1/2019, contestatorul a formulat cerere de recurs, cu mențiunea că motivele de recurs le va depune în termen legal după redactarea și comunicarea deciziei nr. 1006/2020 sus-menționate, dovada înregistrării recursului fiind extrasul anexat de pe portalul ÎCCJ, anexat contestației.

Contestatorul susține că dreptul de exercitare a căii de atac a recursului îi este conferit expres de art. 513 alin. (6) NCPC, conform căruia: *„Dacă revizuirea s-a cerut pentru hotărâri potrivnice, calea de atac este recursul. În cazul în care revizuirea a fost soluționată de una dintre secțiile înaltei Curți de casație și Justiție, recursul este de competența Completului de 5 judecători".*

- prin comunicarea nr. 92/16822 din 19 martie 2020, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință că menține decizia de excludere a ofertei Asocierii China Railway 14th Bureau Group Co Ltd. - VIAPONTE Rom SRL - Viaponte Projetos e Consultoria de Engenharia SA, depusă în cadrul procedurii de achiziție în cauză, comunicându-i totodată și raportul procedurii de atribuire nr. 20/2444/19.03.2020.

În cadrul comunicării rezultatului procedurii din 19.03.2020, autoritatea reia conținutul adresei nr. 13B/3923/10.05.2019, prin care asocierea a fost exclusă a doua oară și conținutul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de către CNAIR SA, omițând să menționeze faptul că dosarul nr. 9594/3/2018, având ca obiect anularea documentului constatator nr. 57866/ 07.08.2017 emis de către CNAIR SA, nu a fost încă soluționat definitiv.

Contestatorul susține că legalitatea și temeinicia documentului constatator invocat de autoritatea contractantă se va stabili de către Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal - Veche în dosarul nr. 9594/3/2018, având ca obiect anularea documentului constatator nr. 57866/ 07.08.2017 emis de către CNAIR SA.

În prezent, dosarul nr. 9594/3/2018, având ca obiect anularea documentului constatator nr. 57866/ 07.08.2017, este suspendat până la soluționarea dosarului nr. 15/2018 aflat pe rolul Curții de Arbitraj Internațional - Camera de Comerț și Industrie a României, urmând ca la momentul soluționării dosarului arbitral menționat, dosarul nr. 9594/3/2018 al Curții de Apel București să fie repus pe rol pentru a se stabili soarta juridică a documentului constatator menționat.

Referitor la raportul procedurii de atribuire nr. 20/2444/19.03.2020, contestatoarea subliniază opinia observatorului ANAP Vasilica Mărgeanu, respectiv pag. 68 din 68, potrivit căreia *„îmi mențin observațiile din procesul-verbal nr. 25/20/1999/06.03.2020".*

Prin procesul-verbal nr. 25/20/1999/06.03.2020, observatorul ANAP arăta, că CNAIR nu a pus niciodată în aplicare decizia CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019 rămasă definitivă prin decizia civilă nr. 270/ 07.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 2189/2/2019, la fel cum observatorii ANAP învederau și prin opinia lor separată consemnată în procesul-verbal de evaluare nr. 18.

Prin urmare, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a ignorat opinia observatorilor ANAP, în care aceștia au indicat cu claritate normele legale încălcate de autoritatea contractantă.

Contestatoarea, invocând art. 8 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. f), alin. (3) din Legea nr. 101/2016, consideră că prin cele expuse anterior își justifică interesul în formularea prezentei contestații.

În continuare, contestatoarea reține, din motivarea deciziei nr. 409/ 2019 din data de 12 august 2019 a Curții de Apel București, că, în cel de-al doilea proces, Curtea de Apel București a considerat: simpla existență a documentului constatator este suficientă pentru ca asocierea sa să fie exclusă din procedură; orice act administrativ, inclusiv documentul constatator, *„se bucură de prezumția de legalitate și temeinicie până la anulare",* astfel că documentul constatator trebuie avut în vedere și în prezenta procedură de achiziție; *„stabilirea de către autoritatea contractantă a culpei fiecărui asociat sau a veridicității celor menționate în cuprinsul documentului constatator excede atribuțiilor sale, întrucât validitatea documentului constatator și, respectiv, îndeplinirea condițiilor formale și de fond la momentul emiterii sale, sunt aspecte ce pot fi analizate doar în cadrul litigiului declanșat în baza art. 166 alin. (4) din HG 395/2016".*

Așadar, în motivarea deciziei nr. 409/2019, Curtea de Apel a concluzionat următoarele:

- autoritatea contractantă nu poate stabili, în procedura de atribuire, nici culpa fiecărui asociat și nici veridicitatea celor menționate în cuprinsul documentului constatator, întrucât ar exceda atribuțiilor sale;

- nu s-ar putea cere autorității contractante să nu țină seama de un act administrativ, emis de ea însăși, care a intrat în circuitul civil;

- autoritatea contractantă este singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situație, nici Consiliul și nici instanța nu pot interveni, astfel că, în cadrul procedurilor contestației la CNSC și plângerii la Curtea de Apel, nici CNSC și nici instanța nu pot analiza legalitatea și temeinicia documentului constatator;

- legalitatea și temeinicia documentului constatator, îndeplinirea condițiilor de formă și de fond la momentul emiterii sale, pot fi analizate doar în cadrul litigiului declanșat în baza art. 166 alin. (4) din HG 395/2016.

Asocierea ICM SpA - S.C. VIAPONTE ROM SRL a declanșat un litigiu, în baza art. 166 alin. (4) din HG nr. 395/2016, prin care a solicitat anularea documentului constatator, conform Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

Prin urmare, potrivit deciziei nr. 409/2019 din data de 12 august 2019 a Curții de Apel București, nici CNSC și nici Curtea de Apel, în procedurile contestației și respectiv plângerii formulate în baza Legii nr. 101/ 2016, nu pot analiza temeinicia și legalitatea unui document constatator în temeiul căruia un ofertant a fost exclus din procedură de autoritatea contractantă, aceste aspecte putând fi analizate doar de instanța de contencios administrativ învestită cu o acțiune în anularea documentului constatator, formulată în baza Legii contenciosului administrativ nr. 554/ 2004.

Anularea documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, în baza Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, a fost promovată de Asocierea ICM SpA - SC VIAPONTE ROM SRL, făcând obiectul dosarului nr. 9594/3/2018, aflat în recurs pe rolul Curții de Apel București - Secţia a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal – Veche, dosar suspendat până la soluționarea cererii arbitrale formulate de Asocierea ICM SpA - SC VIAPONTE ROM SRL în contradictoriu cu CNAIR SA, întrucât în cererea arbitrală Asocierea ICM SpA - SC VIAPONTE ROM SRL a invocat inclusiv faptul că nu îi revine nicio culpă în executarea contractului, care să fi determinat rezilierea contractului de lucrări *„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"*, astfel că rezilierea acestui contract de către CNAIR SA a fost netemeinică, nelegală și abuzivă.

Inexistența culpei asocierii menționate în executarea contractului de lucrări „anterior menționat, a fost invocată și în acțiunea aceleiași Asocieri, având ca obiect anularea documentului constatator atât pentru motive de nelegalitate, cât și pentru motive de netemeinicie, considerent pentru care Curtea de Apel București a apreciat că soluționarea dosarului nr. 9594/3/2018 depinde de soluția ce se va da cererii arbitrale, astfel că, în temeiul art. 413 alin. (1) pct. 1 din Noul C. proc. civ., a suspendat judecarea dosarului nr. 9594/3/2018, aflat în faza procesuală a recursului, până la soluționarea dosarului arbitraj nr. 15/2018.

Prin urmare, reiterând următoarele aspecte:

- asocierea a fost exclusă din procedura de atribuire în baza documentului constatator,

- în conformitate cu decizia nr. 409/2019 a Curții de Apel București, legalitatea și temeinicia documentului constatator nu pot fi puse în discuție decât printr-o acțiune având ca obiect anularea actului administrativ, formulată în baza Legii contenciosului administrativ nr. 554/ 2004;

- o asemenea acțiune în contencios administrativ a fost formulată (în dosarul nr. 9594/3/2018 aflat în recurs pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal - Veche);

- ar fi profund nelegal, netemeinic și inechitabil ca un ofertant să fie exclus din procedură în baza unui document constatator a cărui soartă juridică nu a fost tranșată încă, el fiind contestat în contencios administrativ într-un litigiu având ca obiect chiar anularea sa,

contestatorul consideră că în vederea respectării dreptului la apărare și *„egalității de arme”,* componentă a dreptului la un proces echitabil consacrat de art. 6 paragraful 1 din Convenția CEDO Asocierea nu poate fi exclusă din procedură până când instanța de contencios administrativ nu tranșează soarta juridică (în sensul anulării sau nu) a documentului constatator în baza căruia asocierea a fost exclusă.

Contestatoarea susține că CNAIR a ignorat opinia observatorilor ANAP, menționată în procesul-verbal nr. 25/20/1999/06.03.2020, procesul verbal nr. 18 și în raportul procedurii nr. 20/2444/19.03.2020, potrivit căreia CNAIR nu a pus niciodată în aplicare decizia CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, rămasă definitivă prin decizia civilă nr. 270/ 07.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București.

Astfel, CNAIR nu a pus niciodată în aplicare decizia CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, rămasă definitivă prin decizia civilă nr. 270/07.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 2189/2/2019.

Deși, în cadrul proceselor verbale de evaluare nr. 18 și Procesul-verbal nr. 25/20/1999/ 06.03.2020, observatorii ANAP au făcut opinie separată, pe prima pagină a raportului procedurii de atribuire nr. 20/2444/ 19.03.2020, ANAP a dat, la data de 16.03.2020, aviz *„fără observații",* situație în legătură cu care contestatoarea precizează că în temeiul Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, a solicitat ANAP să revoce avizul nelegal și netemeinic dat la data de 16.03.2020 pe prima pagină a raportului procedurii de atribuire nr. 20/2444/19.03.2020.

Contestatorul susține că operatorul Astaldi SpA are probleme economice, financiare și juridice grave, săvârșind numeroase abateri grave în contractele care i-au fost atribuite, soldate cu zeci de rezilieri și sancțiuni pecuniare, și redă parțial raportul publicat la data de 15 mai 2019, de pe pagina de internet a Astaldi SpA, solicitând Consiliului să pună în vedere autorității contractante, transmiterea documentului constatator nr. 92/21463 din data de 28.03.2018, emis chiar de CNAIR pe numele SALINI IMPREGILO SpA.

Prin corespondența neînregistrată la emitentă, datată 06.04.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 13276/06.04.2020, contestatoarea a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206205627/1 din

03.04.2020 emisă de CEC Bank Sucursala Victoria, în valoare de 880.000 RON.

Prin documentul înregistrat la CNSC sub nr. 13277/06.04.2020, contestatoarea a depus cerere de suspendare a soluționării prezentei contestații, în temeiul art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

În acest sens contestatoarea susține că procedura de soluționare a contestației depinde *„de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți"*, dat fiind dosarul nr. 9594/3/2018 aflat pe rolul Curții de Apel București - secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal - Veche, în faza procesuală a recursului, având ca obiect anularea documentului constatator nr. 57866/ 07.08.2017 emis de către CNAIR SA, document ce a stat la baza deciziei autorității contractante de excludere a ofertei sale din procedura în cauză.

Astfel:

- având în vedere că asocierea a fost exclusă din procedura de atribuire în baza documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de către CNAIR SA;

- având în vedere că, în conformitate cu Decizia nr. 409/2019 din data de 12.08.2019 a Curții de Apel București, legalitatea și temeinicia documentului constatator nu pot fi puse în discuție decât printr-o acțiune având ca obiect anularea actului administrativ, formulată în baza Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004;

- având în vedere că o asemenea acțiune în contencios administrativ a fost formulată de Asocierea ICM SpA - SC VIAPONTE ROM SRL în Dosarul nr. 9594/3/2018 aflat în recurs pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal - Veche, în care, solicitându-se anularea documentului constatator sus-menţionat, au fost invocate atât aspecte de nelegalitate, cât și aspecte de netemeinicie a acestuia;

- având în vedere că ar fi profund nelegal, netemeinic și inechitabil ca un ofertant să fie exclus din procedură în baza unui document constatator a cărui soartă juridică nu a fost tranșată încă, el fiind contestat în contencios administrativ într-un litigiu având ca obiect chiar anularea sa, contestatoarea susține că în vederea respectării dreptului la apărare si „egalității de arme", asocierea nu poate fi exclusă din procedură până când instanța de contencios administrativ nu tranșează soarta juridică (în sensul anulării sau nu) a documentului constatator în baza căruia oferta sa a fost exclusă.

Prin documentul înregistrat la CNSC sub nr. 13795/08.04.2020, operatorul Astaldi SpA, a depus cerere de intervenție în prezentul dosar.

Intervenienta precizează că deține calitatea de ofertant câștigător al procedurii de atribuire, urmând să semneze contractul de achiziție publică ulterior soluționării prezentei cauze, cu respectarea, desigur, a restricțiilor impuse de Legea nr. 101/2020.

Astaldi SpA susține că oferta contestatoarei a fost exclusă din procedura de atribuire ca urmare a eșecului acesteia de a prezenta dovezi prin care să demonstreze în concret credibilitatea operatorului economic Viaponte în privința căruia este incident motivul 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"*, fapt consemnat prin documentului constatator nr. 57866/07.08.2017.

Intervenienta susține că are un interes legitim în a combate criticile invocate de către contestatoare, în vederea securizării dreptului propriu de semnare a contractului, invocând, pe cale de excepție, în primul rând, lipsa calității procesuale active/lipsa interesului VIAPONTE în formularea contestației.

Din Procesul-verbal de evaluare nr. 23, elaborat de către comisia de evaluare, rezultă că asocierea contestatoare nu și-a mai prelungit valabilitatea ofertei și a garanției de participare după data de 17.12.2019 când acestea au expirat, astfel că a pierdut calitatea de ofertant în cadrul procedurii de atribuire urmare a propriei pasivități și, subsecvent, aceasta nu mai poate justifica calitatea de persoană vătămată printr-un act al autorității contractante în sensul dispozițiilor Legii nr. 101/2016, consecința fiind aceea a imposibilității de a justifica un interes născut, direct și actual și, corelativ, calitatea procesuală activă care ar legitima-o să introducă contestația ce formează obiectul prezentei cauze, în susținere invocând prevederile art. 124 și art. 137 alin. (2) lit. i) din HG nr. 395/2016, coroborate cu art. 2 alin. (1) și ale art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Din conținutul tuturor acestor dispoziții legale rezultă că:

a) Garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului de achiziție publică sau a acordului-cadru;

b) Depunerea garanției constituie o condiție de participare a unei persoane juridice la licitația reglementată de Legea nr. 98/2016 și, drept urmare, expirarea perioadei de garanție conduce la constatarea unui comportament necorespunzător al ofertantului ceea ce echivalează cu o renunțare, în fapt, la participarea la procedura de licitație;

c) Valabilitatea garanției de participare trebuie să subziste pe întreaga perioadă până la încheierea contractului;

d) Operatorul economic, participant la procedura de atribuire, care nu și-a prelungit valabilitatea ofertei și a garanției de participare pierde calitatea de ofertant și, deci, de persoană vătămată/interesată în sensul Legii nr. 101 /2016.

Prin urmare, dat fiind că autoarea contestației nu a prelungit valabilitatea propriei oferte și a garanției de participare, aceasta nu poate demonstra nici calitatea de persoană vătămată care ar legitima din punct de vedere al calității procesuale active și al interesului demersul său de contestare a actelor emise de către CNAIR, în speță, raportul procedurii de atribuire și comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, nefiind îndeplinite condițiile impuse de art. 32 Codul de procedură civilă potrivit cărora: *„Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia: (...) b) are calitate procesuală; d) justifică un interes."*

În sensul inexistenței calității procesuale active și a interesului contestatorului care nu și-a prelungit valabilitatea ofertei și a garanției de

participare, intervenienta invocă jurisprudența Consiliului și a Curților de Apel din țară, atât pe vechea legislație, cât și pe cea nouă.

Intervenienta mai susține faptul că VIAPONTE nu are interes în promovarea contestației datorită următoarele două considerente:

a) Excluderea ofertei contestatoarei din procedura de atribuire a fost dispusă anterior, prin decizia CNAIR, comunicată asocierii prin adresa CNAIR nr. 13B/3923/10.05.2019 și nu prin actele contestate în prezenta cauză. Practic, contestatoarea nu a fost exclusă din procedura de atribuire prin actele contestate prin prezenta contestație, ci prin acte anterioare ale CNAIR care au fost validate în mod definitiv de către Curtea de Apel București.

Prin urmare, este vădit lipsită de interes contestația promovată de către Viaponte deoarece, și în ipoteza absurdă a admiterii sale, oferta acesteia ar rămâne exclusă din procedura de atribuire în virtutea actelor anterioare ale CNAIR, validate prin decizie judecătorească definitivă.

b) contestatoarea este ofertant exclus din procedura de atribuire prin decizie definitivă și, în consecință, nu are interes în formularea contestației. Dispoziții legale interne și de drept unional și jurisprudența CJUE susțin pe deplin această concluzie.

Intervenienta susține că oferta contestatoarei a fost exclusă din procedura de atribuire prin alte decizii ale CNAIR (anterioare) față de cele contestate în prezenta cauză.

Oferta contestatoarei a fost exclusă din procedura de atribuire prin cea de-a doua decizie de excludere, respectiv prin adresa CNAIR nr. 13B/3923/10.05.2019, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, legalitatea și temeinicia acestei decizii de excludere fiind confirmate prin decizia Curții de Apel București care este definitivă si produce efecte depline, decizia având, potrivit art. 430 C.pr.civ., autoritate de lucru judecat în prezenta cauză, ceea ce înseamnă că nici părțile și cu atât mai puțin CNSC, în calitatea sa de for administrativ-jurisdicțional, nu pot deroga de la ea.

Excluderea ofertei Asocierii China a intervenit în data de 10.05.2019, prin adresa autorității contractante nr. 13B/3923 care este definitivă ca urmare a validării sale prin Decizia CAB, iar nu în data de 19.03.2020, prin adresa autorității contractante nr. 92/16822, contestată în prezenta cauză.

Din această perspectivă, contestația formulată de către Viaponte este vădit lipsită de interes, dat fiind că, și în ipoteza absurdă de admitere a contestației sale, Asocierea China nu ar beneficia de niciun folos practic, câtă vreme oferta sa va rămâne exclusă din procedura de atribuire în temeiul adresei autorității contractante nr. 13B/3923/10.05.2019 rămasă definitivă, invocând în acest sens art. 33 teza I din Codul de procedură Civilă, care stabilește condițiile interesului. În acest sens, intervenienta invocă jurisprudența Înaltei Curții de Casație și Justiție.

Intervenienta susține că pentru ca o persoană, titulară a unui drept subiectiv, să poată pune în mișcare acțiunea civilă și să o poată exercita, trebuie ca aceasta să aibă un interes determinat, legitim, personal, născut și actual, instanța fiind ținută, în caz contrar, să respingă cererea ca lipsită sau rămasă fără interes, după caz.

Pentru a stabili dacă o parte are interes în exercitarea acțiunii civile, instanța trebuie să prefigureze folosul efectiv pe care aceasta l-ar obține în ipoteza admiterii cererii.

Nu este suficient ca interesul să existe la momentul sesizării instanței cu cererea introductiva ci trebuie ca acesta să subziste pe toată durata judecării cauzei, întrucât, așa cum dispune art. 32 alin. 1 C. proc. civ., condițiile de exercitare a acțiunii civile trebuie să existe atât pentru formularea cererii cât și pentru susținerea acesteia, iar interesul trebuie să fie unul actual la momentul pronunțării soluției de către instanța învestită cu soluționarea cererii.

Persoana care se consideră vătămată, definită la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101 /2016, prezintă interes în procedura de atribuire doar în situația în care oferta sa nu a fost exclusă în mod definitiv. Per a contrario, operatorul economic exclus definitiv din procedura de atribuire, nu mai prezintă interes în a contesta vreun act al autorității contractante, câtă vreme, conform legii, nu mai este considerată persoană vătămată.

Calitatea procesuală activă și deopotrivă interesul - condiții de exercitare a dreptului la acțiunea reglementată de art. 8 din Legea nr. 101/2016 - sunt îndeplinite exclusiv ca efect al îndeplinirii cumulative a celor două condiții expres prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

În susținere, intervenienta invocă jurisprudența europeană şi națională.

Pe cale de consecință, intervenienta consideră contestația promovată de către Viaponte împotriva Adresei CNAIR din data de 19.03.2020 ca fiind vădit lipsită de interes dintr-o dublă perspectivă: în primul rând, pentru că autoarea contestației nu mai deține calitatea de ofertant în cadrul procedurii de atribuire, oferta sa fiind exclusă în mod definitiv prin cea de-a doua decizie de excludere și, în al doilea rând, chiar și în ipoteza în care, ad absurdum, și cu încălcarea dispozițiilor legale incidente, s-ar admite această contestație formulată de Viaponte, oferta Viaponte tot ar rămâne exclusă din procedura de atribuire, dat fiind caracterul definitiv al celei de-a doua decizie de excludere care nu poate fi înfrânt, legalitatea acesteia fiind, la rândul său, confirmată printr-o decizie judecătorească definitivă.

În ceea ce privește cererea de recurs împotriva hotărârii pronunțate de către Înalta Curte de Casație și Justiție în litigiul de revizuire a Deciziei CAB, intervenienta susține că excluderea ofertei contestatoarei a fost notificată acesteia prin cea de-a doua decizie de excludere, a fost contestată de către Viaponte, a făcut obiectul unei căi de atac și a fost deja considerată legală de către Curtea de Apel București, în acest sens fiind deja pronunțată Decizie de Curtea de Apel București, definitivă, excluderea ofertei Asocierii Viaponte subsumându-se primei ipoteze prevăzute în mod alternativ la art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101 /2016, respectiv aceea în care, deși măsura excluderii a fost contestată, aceasta a fost validată prin decizie judecătorească.

Ca atare, după o primă confirmare a caracterului legal al excluderii, ofertantul pierde calitatea de persoană interesată atât din perspectiva Legii nr. 101/2016, cât și din perspectiva Directivei 89/665/CEE. Concluzia

în sensul că Viaponte nu mai este persoană interesată rezultă cu o și mai mare evidentă, în speță, cu cât cea de-a doua decizie de excludere a fost confirmată prin hotărâre judecătorească definitivă.

Cea de-a doua ipoteză reglementată alternativ la art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101 /2016 *„fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac"* nu poate fi în mod legal invocată atunci când s-a formulat cerere de revizuire și/sau recurs într-un litigiu de revizuire, câtă vreme prima condiție, respectiv aceea ca decizia excludere să fi fost considerată legală de către CNSC/instanță este deja îndeplinită cum este cazul în speță. Cea de-a doua ipoteză a acestui text legal are în vedere situația în care excluderea este comunicată ofertantului și s-au împlinit termenele pentru promovarea căilor de atac incidente, iar nicio cale de atac nu a fost promovată, caz în care, deși nu a fost validată din punct de vedere al legalității de către CNSC și/sau instanța de judecată, excluderea devine totuși definitivă prin neatacare, ca urmare a unei inacțiuni, deci, a ofertantului vizat de excludere.

Decizia CAB care confirmă caracterul legal al celei de-a doua decizii de excludere este definitivă, astfel că și excluderea ofertei contestatoarei este definitivă în sensul dispozițiilor art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cererea de revizuire promovată împotriva acesteia și, oricum, respinsă ca inadmisibilă, neavând niciun impact asupra caracterului definitiv al excluderii.

În acest sens intervenientul invocă art. 634 alin. (1) pct. 1 și 6 C.pr.civ., art. 51 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Cu privire la solicitarea contestatoarei de a obliga autoritatea contractante la depunerea unui document constatator emis pe numele unui terț față de procedura de atribuire, respectiv, Salini Impregilo SpA, iar în cazul în care *„existenta și conținutul acestui document constatator se confirmă"* și solicitarea de a exclude oferta depusă de către Astaldi SpA, intervenienta o consideră inadmisibilă, deoarece:

a) Se solicită depunerea unui document constatator presupus a fi fost emis pe numele unui terț, care nu este ofertant în cadrul procedurii de atribuire și nu participă nici măcar în asociere, ca subcontractant, ori ca furnizor al vreunuia dintre ofertanți;

b) Deși oferta Astaldi nu face obiectul contestației Viaponte, se solicită, totuși, excluderea ofertei Astaldi în baza unui document constatator emis pe numele unui terț și al cărui conținut este neclar inclusiv pentru contestatoarea care îl aduce în discuție, sub condiția de a se dovedi că terțul, Salini Impregilo nu și-a îndeplinit obligațiile într-un contract de achiziție publică în care Astaldi nu a avut și nu are nicio implicare;

c) Motivul invocat de către Viaponte ar fi acela că Salini ar fi preluat societatea Astaldi SpA și că, de fapt, Salini ar urma să execute contractul de achiziție atribuit în prezenta procedură de atribuire.

Aceste supoziții sunt fundamental eronate, în condițiile în care Astaldi SpA nu și-a modificat structura asociativă, nu a fost preluată de altă societate, iar documente emise pe numele unor terți față de procedura de atribuire aflate sau nu în relații comerciale nu pot determina excluderea ofertei Astaldi SpA din procedura de atribuire.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului să respingă ca inadmisibilă solicitarea contestatoarei cu privire la acest aspect.

Totodată, intervenienta susține că autoritatea de lucru judecat a deciziei Curții de Apel București se opune unei analize pe fond a contestației, această decizie conformând caracterul legal și temeinic al excluderii ofertei contestatoarei, sens în care intervenienta redă considerente ale deciziei în discuție, invocând art. 430 din Codul de procedură civilă.

Dată fiind autoritatea de lucru judecat a deciziei Curții de Apel București prin care se confirmă legalitatea excluderii ofertei Asocierii China prin adresa CNAIR nr. 13B/3923/10.05.2019, rezultă că CNSC nu mai poate analiza în prezent nicio critică formulată de către Viaponte prin contestația ce face obiectul prezentei cauze, oferta acesteia fiind definitiv exclusă din procedura de atribuire, în caz contrar, încălcând autoritatea de lucru judecat a deciziei Curții de Apel București.

Prin urmare, intervenienta consideră că este lipsit de orice relevanță faptul că pe rolul instanțelor de judecată sau în cadrul arbitrajului instituționalizat există o serie de litigii pendinte în care este disputată legalitatea documentului constatator emis pe numele Asocierii ICM SpA - Viaponte Rom SRL, câtă vreme decizia CAB a statuat faptul că măsura excluderii este întemeiată și se impune a fi menținută. La fel de nerelevante, în contextul Deciziei CAB definitive, sunt și opinia separată a unuia dintre observatorii ANAP, precum și susținerile Viaponte referitoare la faptul că ar fi profund nelegală excluderea sa din procedură din cauza unui document constatator a cărui legalitate este încă disputată.

Prin adresa nr. 20/3034/06.04.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 13977/09.04.2020, autoritatea contractantă a înaintat punctul de vedere privind contestația formulată de VIAPONTE ROM SRL, solicitând respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că prin Hotărârea nr. 409/2019, pronunțată de Curtea de Apel București, în Dosarul 4076/2/2019, instanța a admis plângerea formulată de ASTALDI SpA împotriva Deciziei nr. 1086/C5/893/894 din 04.07.2019, în sensul că a respins contestația formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA. Această hotărâre este definitivă având autoritate de lucru judecat în raport de dispozițiile art. 430 din Codul de procedură civilă, punerea în aplicare a acesteia reprezentând o obligație a CNAIR care trebuie îndeplinită cu maximă celeritate. În aceste condiții, rezultă cu evidență că decizia de excludere a rămas definitivă prin admiterea de către Curtea de Apel București a plângerii promovate de ASTALDI SpA.

Autoritatea contractantă precizează că, în acest sens, în cadrul procesului verbal nr. 21/13B/7375/09.09.2019, s-a decis excluderea ofertei depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016, excludere consemnată și în procesul

verbal nr. 18/13B/3917/10.05.2019 și comunicată contestatoarei prin adresa nr. 13B/3923/10.05.2019.

Asocierea China Railway 14th Bureau Group Co. Ltd. - VIAPONTE ROM SRL - Viaponte Projetos e Consultoria de Engenharia SA a formulat cererea de revizuire depusă la Înalta Curte de Casație și Justiție - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, împotriva deciziei nr. 409/2019 din data de 12 august 2019 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 4076/2/2019.

În data de 20.02.2020, Înalta Curte de Casație și Justiție a emis Hotărârea nr. 1006/2020, în dosarul nr 2263/1/2019 prin care s-au dispus următoarele:

„Respinge cererea de revizuire formulată de VIAPONTE ROM SRL în nume propriu și în numele Asocierii China Railway 14th Bureau CO LTD - VIAPONTE ROM SRL - Viaponte, Projetos e Consultoria de Engenharia SA împotriva Deciziei nr. 409 din 12 august 2019 a Curții de Apel București - Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, pronunțate în dosarul nr. 4076/2/2019, ca inadmisibilă. Cu recurs în 15 zile de la comunicare".

Cu privire la Documentul Constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de CNAIR SA pentru operatorul economic, Asocierea ICM SpA, fosta Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro SpA - S.C. VIAPONTE ROM S.R.L, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

În vederea clarificării aspectelor incluse în documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de CNAIR SA, urmare a verificărilor făcute s-a constatat că operatorul economic Asocierea ICM SpA, fosta Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro SpA.- SC VIAPONTE ROM SRL a formulat o cerere de chemare în judecată a autorității contractante, respectiv CNAIR, prin care a solicitat suspendarea efectelor documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, emis de CNAIR SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. 92/30782/26.05.2016 privind Proiectarea și Execuției Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) – Mihăiești, având temei de drept dispozițiile art. 14 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, constituindu-se astfel, la Tribunalul București, dosarul nr. 46400/3/2017.

Prin Decizia civilă nr. 780/09.02.2018, Tribunalul București Secția a II-a de Contencios administrativ a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

Împotriva acestei sentințe Asocierea ICM SpA - VIAPONTE ROM SRL a formulat recurs, iar prin Decizia civilă nr. 3875/25.06.2018, s-a respins recursul ca nefondat.

Astfel, Decizia civilă nr. 780/09.02.2018 pronunțată de Tribunalul București - Secția a II a de Contencios Administrativ, prin care a respins cererea de suspendare a efectelor documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, este definitivă.

Operatorul economic, Asocierea ICM SpA, fosta Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro SpA - S.C. VIAPONTE ROM SRL a formulat o cerere de chemare în judecată a autorității contractante, având ca obiect emitere ordonanță președințială prin care a solicitat suspendarea efectelor documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, emis de CNAIR SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr.

92/30782/26.05.2016 privind proiectarea și execuția autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) – Mihăiești, având temei de drept, dispozițiile art. 997 Cod procedură civilă constituindu-se astfel la, Tribunalul București, dosarul nr. 40774/3/2017.

Prin sentința civilă nr. 6671/08.11.2018, Tribunalul București - Secția a II a de Contencios Administrativ a luat act de renunțarea la judecată din partea Asocierea ICM SpA - Viaponte Rom SRL.

Ulterior, a formulat o cerere de chemare în judecată a autorității contractante, prin care a solicitat anularea documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, emis de CNAIR SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. 92/30782/26.05.2016 privind proiectarea și execuția autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) – Mihăiești, având temei de drept dispozițiile art. 997 Cod procedură civilă, constituindu-se dosarul nr. 49594/3/2017, pe rolul Tribunalului București secția a II-a, acesta pronunțându-se prin sentința civilă nr. 5807/29.09.2018 prin care a respins cererea ca neîntemeiată, în conformitate cu art. 286 din OUG nr. 34/2016.

Autoritatea contractantă precizează că în cadrul documentului se menționa faptul că, contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător.

În continuare autoritatea contractantă a prezentat informații referitoare la modul de derulare a contractului care face obiectul documentului constatator, respectiv a facturilor de penalități emise în legătură cu acesta, concluzionând că acest contract 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.

Cu privire la solicitarea de transmitere către CNSC a documentului constatator nr. 92/21463 din data de 28.03.2018, emis chiar de CNAIR, autoritatea contractantă precizează că ofertant în cadrul procedurii de achiziție *„Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș - Pitești km 92+600 - 122+950”* este operatorul economic ASTALDI SpA - ofertant unic, acesta aflându-se în procedura de concordat preventiv în țara de origine, concordatul preventiv neregăsindu-se între situațiile de excludere a operatorilor economici din procedura de atribuire.

Contractul de concordat preventiv se încadrează printre procedurile de prevenire a insolvenței, și nu printre cele ale insolvenței, care sunt clar precizate în cuprinsul art. 167 din Legea nr. 98/2016, textul de lege reglementând expres și limitativ situațiile de excludere. Concordatul preventiv nu se regăsește în enumerarea făcută, acesta reprezentând, atât conform legislației romane cât și a celei italiene, o procedură distinctă, diferită. Orice adăugare la textul legii sau interpretare prin analogie nu poate fi, evident, acceptată.

În urma procesului de evaluare, susține autoritatea contractantă, s-a analizat și s-au solicitat documente și informații care au dus la concluzia că Astaldi are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică.

Prin Decretul pronunțat în data de 17 octombrie 2018 în dosarul nr. 63/2018, Tribunalul Roma a apreciat cererea ca fiind întemeiată, reținând

ca fiind întrunite condițiile legale privind aplicarea procedurii concordatului și dispunând deschiderea procedurii concordatului preventiv.

Potrivit Legii italiene, scopul aplicării procedurii concordatului este de a se restructura activitatea în mod efectiv și eficient. În conformitate cu art. 167 din Legea italiană, în timpul procedurii de concordat, Astaldi și-a păstrat capacitatea de administrare a patrimoniului propriu și a activității sale, sub supravegherea comisarilor judiciari, continuându-şi proiectele aflate în derulare și implicându-se în proiecte noi.

Prin Decretul pronunțat de Tribunalul din Roma la data de 18 decembrie 2018 Instanța a admis cererea Astaldi și a dispus prelungirea termenului de depunere a planului cu 60 de zile, reținând în esență că:

- Astaldi este o companie de dimensiuni foarte mari, cu un număr de peste 11.000 de angajați, fiind cotată la bursă și participând în proiecte de construcții pe plan mondial;

- comisarii judiciari desemnaţi la momentul deschiderii procedurii au supravegheat îndeaproape activitatea Astaldi şi au confirmat atât responsabilitatea cu care Astaldi a acţionat cât și complexitatea procedurii, reclamând totodată necesitatea prelungirii termenului de depunere a planului;

- faza avansată de întocmire a planului, atestată de persoana însărcinată și faptul că Bursa Italiană şi Autoritatea italiană pentru Societatea Comercială și Bursa - Consob fwww.consob.it trebuie consultate în privința conținutului planului de redresare, având în vedere dispozițiile legale exprese în acest sens, justifică luarea măsurii de prelungire a termenului de depunere a planului.

Concordatul preventiv cu continuitatea activității este o procedură reglementată prin Legea italiană privind insolvența, care asigură continuarea activității companiei, fără întrerupere și prevede propunerea de restructurare a datoriilor, care va fi supusă votului creditorilor.

Debitorul își desfășoară activitatea ca de obicei, gestionând administrația obișnuită sub supravegherea unuia sau mai multor comisari judiciari desemnați de instanță.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă invocă prevederile fișei de date a achiziției privind Situația personală a candidatului sau ofertantului și modul în care contestatoarea a prezentat informațiile în DUAE privind motivele de excludere, prezentând lucrările comisiei de evaluare după emiterea de către Consiliu a deciziei nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, care au condus la excluderea ofertei contestatoarei.

Astfel, conform procesului verbal nr. 17/13B/3338/18.04.2019, comisia de evaluare a consemnat faptul că a luat la cunoștință de motivarea Deciziei CNSC nr. 509/C5/380/386 din data 02.04.2019, pentru procedura de achiziție publică proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș - Pitești km 92+600 - 122+950.

Drept urmare, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertei depuse de CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, în conformitate cu cele menționate în cadrul motivării deciziei sus menționate și prin adresa nr. 13B/3339/18.04.2019 a solicitat ofertantului să clarifice informația furnizată în cadrul formularului DUAE având în vedere că

informațiile din documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, acesta răspunzând la solicitarea de clarificări nr. 13B/3339/18.04.2019 până la termenul limită stabilit, respectiv 25.04.2019.

Astfel, având în vedere precizările făcute de către VIAPONTE ROM SRL în răspunsul transmis, comisia de evaluare a solicitat Direcției de specialitate precum și în calitate de Direcție emitentă a documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, să analizeze argumentele prezentate de către SC VIAPONTE ROM SRL și să comunice opinia cu privire la aceasta.

Având în vedere aceste informații, comisia de evaluare a solicitat să se comunice care a fost implicarea VIAPONTE ROM SRL în partea de proiectare a contractului nr. 92/ 30792/26.05.2016 precum și furnizarea dovezilor privind aceste informații și detalierea circumstanțelor concrete prin aprecierea culpei VIAPONTE ROM SRL care au condus la rezilierea contractului care a făcut obiectul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017.

Ulterior răspunsului oferit Direcția de specialitate, comisia de evaluare nu a putut retine răspunsul la solicitarea de clarificare ca fiind concludent datorită faptului că prin dovezile furnizate nu se poate demonstra în concret credibilitatea prin raportare de motivele de excludere, respectiv documentul constatator nr. 57866/07.08.2017.

În continuare, autoritatea contractantă a formulat susțineri referitoare la conținutul și demersurile efectuate de părți în legătură cu documentul constatator emis în referire la contractul 92/30792/ 26.05.2016.

Prin adresa nr. 020/3045/06.04.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 13977/09.04.2020, autoritatea contractantă a depus o completare a punctului de vedere nr. 30/3034/06.04.2020.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că aspectele sesizate în contestație în legătură cu excluderea ofertei contestatoarei au fost soluționate prin Hotărârea nr. 409/2019 pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul nr. 4076/2/2019, definitivă în sistemul căilor de atac reglementate de Codul de Procedură Civilă și de Legea nr. 101/2016, având autoritate de lucru judecat în raport de dispozițiile art. 430 din Codul de procedură Civilă.

Punerea în executare a hotărârii CAB a reprezentat o obligație a CNAIR care trebuia îndeplinită cu maximă celeritate, precum și inexistența vreunui motiv pentru a tergiversa finalizarea ei. Dat fiind specificul litigiului, motivele care au stat la baza contestației Asocierii China-Viaponte, rezultă cu evidentă că decizia de excludere a rămas definitivă prin admiterea de către Curtea de Apel București a plângerii promovate de către Astaldi.

Soluționarea acestor aspecte sesizate în contestație ar putea intra sub efectul puterii și relativității efectelor autorității lucrului judecat.

Așadar, nu poate fi conceput un sistem de drept fără crearea unor modalități prin intermediul cărora să se poată asigura pronunțarea unor

soluții legale și temeinice pricinilor cu care au fost învestite la un moment dat instanțele de judecată.

În virtutea acestei necesități și concepții s-au creat și instituit căile de atac, prin intermediul cărora se tinde la îndreptarea erorilor de judecată săvârșite de primul judecător, fiind clar faptul că necesitatea căilor de atac a intervenit pe fondul garantării de către stat a unei justiții corecte, asigurării și respectării dreptului la un proces echitabil, atât de clamat de Curtea de la Strasbourg în jurisprudența sa constantă.

Trebuie reținut și faptul că, greșeala de judecată poate rezulta nu numai din rezultatul activității judecătorului, prin interpretarea și aplicarea greșită a legii sau a neexercitării rolului activ în cadrul procesului civil, dar și din expunerea situației de fapt în mod eronat de către părți, încercând să denatureze realitatea obiectivă, înlăturând fiecare dintre acestea adevărul absolut de la fața judecătorului, în scopul obținerii soluției celei mai benefice pentru sine.

Judecătorul fondului are plenitudinea administrării întregului material probator, direct, nemijlocit, fiind învestit de legea procesuală cu posibilitatea de a pune în discuție contradictorie și de a solicita toate probele necesare, utile și admisibile pentru a proba fiecare susținere a părților în scopul pronunțării unei soluții legale și temeinice.

În schimb, judecătorii instanțelor de control judiciar, învestiți cu soluționarea căilor de atac nu beneficiază în toate cazurile de plenitudinea conferită de legea procesuală în materie de probatorii. Astfel aceștia pot fi ținuți de principiile directoare ale căilor de atac, bunăoară în materia de apel cele două limite ale devoluțiunii, anume *„tantum devolutum quantum apellantum"* și *„tantum devolutum quantum judicatumiar"* în materie de recurs, limita este dată de motivele de recurs prevăzute de art. 488 C. pr. Civ.

Recunoașterea căilor de atac în sistemele naționale, apare ca expresie a normelor supranaționale, cât și a bogatei jurisprudențe a Curţii de la Strasbourg prin aplicarea art. 6 și art. 13 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Noțiunea de control judiciar, prin care se înțelege posibilitatea instanțelor judecătorești superioare de a verifica legalitatea și temeinicia hotărârilor pronunțate de instanțele judecătorești inferioare, nu epuizează sistemul căilor de atac, în condițiile în care unele dintre acestea sunt în competența instanțelor emitente a actelor atacate.

Astfel, noul Cod de procedură civilă nu aduce o modificare a sistemului căilor de atac față de antecesorul său de la 1865, însă are meritul de a delimita strict căile extraordinare de atac, recursul, contestația în anulare și revizuirea de singura cale de atac ordinară, apelul.

În susținere, se indică art. 430 - autoritatea de lucru judecat și art. 431 - efectele lucrului judecat.

Autoritatea contractantă precizează că prin atitudinea procesuală a contestatoarei și prin afirmațiile sale, aceasta încearcă să conducă în mod vădit intenționat întreaga analiză pe o pistă falsă de interpretare întrucât, nu mai are nici o șansa de a câștiga procedura de achiziție publică sau de a demonstra că are o ofertă admisibilă.

La momentul obținerii de către SALINI IMPREGILO SpA, a documentului constatator nr. 92/21463 din data de 28.03.2018 în cadrul contractului *„Proiectare și execuție Autostrada Lugoj-Deva, lot 2, km 27+620 - km 56+220"*, care a determinat încetarea parțială a contractului, acesta nu avea nici o legătură cu ASTALDI SpA.

Autoritatea contractantă consideră că indiferent de câte contestații va depune contestatoarea, nu se va putea modifica rezultatul procedurii pentru acest ofertant - Asocierea China Railway 14th Bureau Group Co. Ltd. - Viaponte Rom SRL - Viaponte Projetos e Consultoria de Engenharia SA, întrucât există hotărârea pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul nr. 4076/2/2019 rămasă definitivă în sistemul căilor de atac reglementate de Codul de Procedură Civilă și de Legea nr. 101/2016 și care a fost validată de Înalta Curte de Casație și Justiție prin Hotărârea nr. 1006/2020 din dosarul nr 2263/1/2019, prin care s-a dispus respingerea cererii de revizuire formulată de Viaponte Rom S.R.L.

Autoritatea contractantă susține că autoarea contestației nu face decât să întârzie în mod intenționat procesul de semnare a contractului precum și accesarea fondurilor nerambursabile, având în vedere că durata de execuție a contractului este de 5 ani, 60 de luni din care 12 luni perioada de proiectare și 48 de luni perioada de execuție, iar actuala perioadă de programare este 2014-2020 și perioada de absorbție a fondurilor europene pentru România și celelalte State Membre se întinde până la sfârșitul anului 2023.

Autoritatea contractantă susține că până la data prezentei, ofertantul nu a transmis dovada prelungirii valabilității ofertei și garanției de participare, acestea fiind expirate încă de la data de 17.12.2019, menționând că în data de 16.01.2020, la 31 de zile după expirarea valabilității ofertei și a garanției de participare la licitație, a fost primită pe e-mail o informare din partea ofertantului prin care a fost comunicat faptul că valabilitatea ofertei și a garanției de participare la licitație a fost extinsă din propria inițiativă până la data de 17.06.2020.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră tardivă informarea comunicată prin email la data de 16.01.2020, întrucât nu respectă cerința formularului D *„Declarația ofertantului"* pct. 5 „menținem această ofertă valabilă pentru o perioada de (...) respectiv până la data de 17.12.2019 și ea va rămâne obligatorie pentru noi și poate fi acceptată oricând înainte de expirarea perioadei de valabilitate".

În consecință, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că prezenta contestație nu are temei legal iar consecințele blocării procedurii de achiziție sunt foarte grave în principal cu privire la absorbția fondurilor europene și cu privire la apariția de întârzieri în realizarea efectivă a mai multor obiective de investii de interes național.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că își rezervă dreptul de a ataca cauțiunea depusă de către contestatoare pentru prejudiciul creat pe care îl va cuantifica și va face obiectul unui proces ulterior.

Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă, prin adresa nr. 13991/560/C5/09.04.2020, de faptul că poate transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA, înregistrată la Consiliu sub nr. 13795/08.04.2020, document înregistrat la autoritatea

contractantă sub nr. 92/21902/10.04.2020, conform adreselor înregistrate la Consiliu sub nr. 14051/10.04.2020 și sub nr. 14084/ 10.04.2020.

Consiliul a înștiințat contestatoarea, prin adresa nr. 13994/560/C5/ 09.04.2020, de faptul că poate transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA, înregistrată la Consiliu sub nr. 13795/08.04.2020.

Prin adresa nr. 13996/560/C5/09.04.20200, Consiliul a comunicat autorității contractante faptul că poate transmite susțineri față de cererea de suspendare a soluționării prezentei contestații formulată de contestator, documentul fiind înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 92/21904/10.04.2020, conform corespondențelor înregistrate la Consiliu sub nr. 14052/10.04.2020 și, respectiv, sub nr. 14083/10.04.2020.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 14156/10.04.2020, contestatoarea a transmis răspuns la cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA, solicitând respingerea acesteia pentru argumentele expuse în continuare.

Referitor la excepția *„lipsei calității procesuale active/lipsei interesului Viaponte în formularea contestației”,* motivat de faptul că autoarea contestației nu și-ar mai fi „prelungit valabilitatea ofertei și a garanției de participare”, contestatoarea solicită respingerea ei invocând în susținere art. 124 alin. (3) și art. 137 alin. (2) lit. i) din HG nr. 395/ 2016, precizând, în primul rând, faptul că obligația de a solicita operatorului economic prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare îi revine autorității contractante, iar, în speță, autoritatea contractantă nu a transmis o asemenea solicitare. În al doilea rând, contestatoarea susține că a prelungit din proprie inițiativă valabilitatea ofertei sale și a garanției de participare, prin mesajul electronic trimis la data de 15.01.2020, comunicând autorității contractante acest demers precum și faptul că *„În cazul în care doriți să vă transmitem documentele aferente prelungirii valabilității ofertei și garanției de participare, vă rugăm să ne solicitați aceasta și să deschideți fereastra aferentă de corespondență în SEAP”,* la acest mesaj autoritatea contractantă nerăspunzându-i.

Referitor la excepția invocată de Astaldi SpA privind lipsa de interes în formularea contestației motivat de faptul că oferta sa este exclusă definitiv, contestatoarea solicită respingerea ei, invocând în acest sens art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016 și susținând că Decizia nr. 409/2019 pronunțată la data de 12 august 2019 în Dosarul nr. 4076/2/2019 de Curtea de Apel București *„poate face obiectul unei căi de atac*", în accepțiunea art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016, care nu distinge între căile de atac, în condițiile în care, conform celei de-a două reguli de interpretare logică a normei juridice, unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem: *„ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus".*

Această cale de atac, permisă expres de art. 513 alin. (6) din Codul de procedură civilă, respectiv, recursul la revizuirea Deciziei nr. 409/2019, a fost exercitată efectiv de către contestatoare, conform extrasului de pe

portalul Înaltei Curți de Casație și Justiție - Secția de Contencios Administrativ şi Fiscal, referitor la Dosarul nr. 2263/1/2019, document anexat contestației, Înalta Curte de Casație și Justiție nefixând încă un termen pentru judecarea acestui recurs.

Referitor la susținerile Astaldi SpA privind *„autoritatea de lucru judecat a deciziei CAB care se opune unei analize pe fond a contestației",* contestatorul solicită respingerea lor pentru următoarele considerente:

Acesta susține că petitul și motivarea contestației sale nu contravin deciziei nr. 409/2019 pronunțate de Curtea de Apel București, în susținerea contestatoarea reiterând considerentele instanței, așa cum au fost acestea prezentate și în contestație, referitoare la legalitatea și temeinicia documentului constatator.

Contestatorul precizează că acțiunea având ca obiect anularea documentului constatator, în baza Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, a fost promovată de Asocierea ICM SpA - SC VIAPONTE ROM SRL, făcând obiectul dosarului nr. 9594/3/2018 aflat în recurs pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, considerând că ar fi profund nelegal, netemeinic și inechitabil ca un ofertant să fie exclus din procedură în baza unui document constatator a cărui soartă juridică nu a fost tranșată încă, el fiind contestat în contencios administrativ într-un litigiu având ca obiect chiar anularea sa.

Totodată, contestatoarea reiterează susținerile din cadrul contestației referitoare la opinia observatorilor ANAP și neaplicarea deciziei CNSC nr. 509/C5/380/396 din 02.04.2019, definitivă.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 14166/10.04.2020, intervenienta a transmis dovada primirii răspunsului contestatoarei la cererea de intervenție formulată de aceasta.

Totodată, prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 14171/10.04.2020, contestatoarea a făcut dovada comunicării, către intervenientă, a cererii de suspendare a soluționării prezentei contestații.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 14509/14.04.2020, contestatoarea a transmis cererea de revizuire ce face obiectul dosarului nr. 2263/1/2019 al Înaltei Curți de Casație și Justiție – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal împreună cu răspunsul la întâmpinarea formulată de ASTALDI SpA în dosarul menționat, precum și dovada prelungirii valabilității ofertei și a garanției de participare.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 14522/14.04.2020, contestatoarea a solicitat transmiterea cererii de intervenție formulată de ASTALDI SpA, înregistrată pe portalul CNSC în data de 13.04.2020.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 14552/14.04.2020, contestatoarea a transmis documentul emis de CERTSIG Societate de Asigurare și Reasigurare SA sub nr. 5346/03.01.2020 și răspunsul la punctul de vedere al autorității contractante, susținând că afirmațiile autorității contractante din punctul

de vedere și completarea la acesta sunt nelegale și netemeinice, pentru următoarele considerente:

Referitor la afirmațiile autorității contractante privind Decizia nr. 409/2019 pronunțată de Curtea de Apel București, contestatoarea reiterează cele susținute anterior prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 14156/10.04.2020., susținând că autoritatea contractantă evită să spună că Decizia nr. 409/2019 face obiectul unei căi de atac permise expres de lege, în care, deocamdată, Înalta Curte de Casaţie și Justiție nu a fixat termen de judecată, invocând în acest sens, art. 513 alin. (6) din Codul de procedură civilă.

Referitor la afirmația autorității contractante, *„punerea în executare a Hotărârii CAB a reprezentat o obligație a CNAIR care trebuie îndeplinită cu maximă celeritate"*, contestatoarea nu înțelege de ce nu s-a pus în aplicare și prima decizie definitivă pronunțată de Curtea de Apel București în aceeași procedură, respectiv decizia civilă nr. 270/07.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București în Dosarul nr. 2189/2/2019.

Referitor la susținerile autorității contractante cu privire la *„Documentul Constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de CNAIR SA"*, contestatoarea precizează că acestea nu au legătură cu contestația sa, în condițiile în care, legalitatea și temeinicia documentului constatator menționat nu se discută în cadrul acestei contestații, ci în contencios administrativ, în dosarul nr. 9594/3/2018 aflat în recurs pe rolul Curții de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal – Veche, iar sentința nr. 5807/28.09.2018 pronunțată de Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, la care face referire în continuare CNAIR, nu este definitivă.

Contestatoarea susține că apărările autorității contractante sunt copiate ad litteram din punctele de vedere anterioare față de cele două contestații anterioare admise de CNSC și nu au nici ele legătură cu prezenta contestație.

În ceea ce privește susținerile autorității contractante, referitoare la aspectele privind concordatul preventiv în care se află societatea Astaldi SpA în țara de origine, contestatoarea observă că în anexa la procesul-verbal nr. 20/1713/27.02.2020 (pct. 2), observatorul ANAP Mărgeanu Vasilica a reținut: *„în urma analizării contestației depuse de Viaponte Rom SRL la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor, transmisă ANAP sub nr. 35112/22.05.2019 și a interogării site-ului oficial al Astaldi S.p.A., observatorul a constatat că, la data de 31.03.2019 ofertantul Astaldi SpA are datorii restante la cheltuielile cu impozitele, în valoare de 44 milioane de euro și la sumele datorate asigurărilor sociale, în valoare de 8,27 milioane de euro. Ca urmare, comisia de evaluare are obligația să solicite ofertantului Astaldi SpA clarificări cu privire la situația actuală a datoriilor restante privind plata impozitelor, taxelor și a contribuțiilor la bugetul general consolidat, în conformitate cu prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare".*

Având în vedere că situația datoriilor restante al Astaldi SpA nu a fost lămurită nici măcar până în prezent, aspect sesizat și de observatorul ANAP, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la excluderea ofertei depuse de Astaldi SpA.

Referitor la apărările, pe fondul cauzei, făcute de autoritatea contractantă, contestatoarea susține că acestea nu au legătură cu obiectul acestei contestații, întrucât fie redau conținutul documentului constatator, a cărui soartă juridică urmează a fi tranșată în cadrul altui proces, fie copiază ad litteram apărările făcute de CNAIR în punctele de vedere anterioare depuse față de primele contestații, deși în prezenta contestație nu a mai reluat criticile formulate în contestațiile anterioare.

Referitor la susținerile autorității contractante precum că *„nu a transmis dovada prelungirii valabilității ofertei și garanției de participare"* și că valabilitatea ofertei și a garanției de participare, ar fi „tardivă", contestatorul consideră că aceste afirmații sunt nelegale, netemeinice și făcute cu rea – credință, reiterând în acest sens susținerile, referitoare la acest aspect, prezentate în răspunsul la cererea de intervenție. Contestatoarea susține, de asemenea, că după depunerea ofertelor, comunicarea este generată doar de autoritatea contractantă, prin solicitări cu spațiu de răspuns pentru ofertanți, autoritatea contractantă neputând invoca, deci, o tardivitate, atât timp cât nu a acționat, nici măcar la informarea expresă că a prelungit valabilitatea garanției de participare și a ofertei, informare pe care recunoaște că a primit-o.

Referitor la susținerile autorității cu privire la blocarea procedurii, datorită prezentei contestații, contestatorul arată că sunt neîntemeiate, pentru următoarele considerente:

- Prezenta procedură de achiziție are ca obiect Secțiunea 5 din Autostrada Sibiu – Pitești, iar Secțiunea 2 și Secțiunea 3 din Autostrada Sibiu – Pitești nici măcar nu au fost lansate ca proceduri de achiziție publică de către autoritatea contractantă, până în prezent;

- Secțiunea 4 din Autostrada Sibiu - Pitești a fost lansată în martie 2019, ofertele fiind depuse la finalul lui august 2019, după numeroase suspendări nemotivate de către CNAIR. Din luna august 2019 și până în prezent, evaluarea ofertelor se tot prelungește, nemotivat, iar următorul termen de evaluare calificare/ tehnică anunțat de autoritatea contractantă este 29.05.2020.

Consiliul, prin adresa nr. 14571/560/ C5/14.04.2020, a înștiințat intervenienta, de faptul că poate transmite susțineri față de cererea de suspendare a soluționării prezentei contestații formulată de contestatoare.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 14620/14.04.2020, intervenienta a confirmat primirea adresei Consiliului nr. 14571/560/ C5/14.04.2020, iar prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub 14644/14.04.2020, ASTALDI SpA a depus note scrise privind această cerere dar și susțineri referitoare la notele scrise transmise de contestatoare privind cererea sa de intervenție, solicitând respingerea cererii de suspendare a soluționării contestației, cât şi a argumentelor prezentate de către Viaponte în cadrul contestației și a notelor scrise.

Intervenienta susține că CNSC nu este legal învestit cu soluționarea cererii de suspendare a soluționării contestației, neputându-se considera în mod legal învestit cu soluționarea cererii de suspendare a judecății contestației, aceasta fiind o cerere incidentală care, din perspectivă procedurală, urmează soarta cererii principale, în speță, a contestației.

ASTALDI SpA apreciază că CNSC urmează a soluționa cu prioritate excepțiile lipsei calității procesuale active și a lipsei interesului Viaponte în promovarea contestației și, în situația în care, ad absurdum, ar respinge excepțiile invocate și s-ar considera legal învestit, ar putea să soluționeze pe fond cererea de suspendare.

Excepțiile invocate de către Astaldi SpA sunt peremptorii, ceea ce înseamnă că o soluție de admitere a acestora conduce în mod necesar la încetarea procesului, caz în care cererea de suspendare formulată de către Viaponte ar rămâne fără obiect, câtă vreme cererea principală este respinsă ca urmare a admiterii uneia dintre excepții.

În concluzie, intervenienta consideră că este prioritară soluționarea excepțiilor invocate de prin cererea de intervenție și numai în situația absurdă a respingerii lor, Consiliul va avea dreptul de a analiza pe fond cererea de suspendare formulată de către Viaponte.

Totodată, intervenienta susține că cererea de suspendare este vădit nefondată, susținând că autoarea contestației nu este în măsură să justifice nici paguba iminentă și nici urgența unei astfel de solicitări, condiții de admisibilitate a cererii de suspendare. Inexistența unei pagube iminente conduce la respingerea de plano a cererii de suspendare, cu atât mai mult cu cât această cerere nu reprezintă decât un alt și nou demers nelegal menit să întârzie finalizarea procedurii de atribuire, promovat de către un operator economic care nu mai este implicat în procedura de atribuire, fiind exclus în mod definitiv.

În speță, nu sunt îndeplinite nici condițiile prevăzute de art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, soluționarea contestației promovate de către SC VIAPONTE ROM SRL nedepinzând sub nicio formă de soluționarea litigiilor în care este analizată legalitatea documentului constatator.

SC VIAPONTE ROM SRL acreditează ideea potrivit căreia oferta sa ar fi fost exclusă în baza documentului constatator, în legătură cu legalitatea căruia Curtea de Apel București a statuat în mod legal că nu poate fi analizată în cauză. Însă, oferta asocierii contestatoare a fost exclusă din prezenta procedură de atribuire în baza deciziei CNAIR comunicată contestatoarei prin adresa nr. 13B/3923/10.05.2019, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu ca urmare a simplei existente a documentului constatator ci pentru că dovezile furnizate de către SC VIAPONTE ROM SRL nu au fost concludente în raport de prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, CNAIR considerând că răspunsul contestatoarei este neconcludent, aceasta nefiind aptă să demonstreze în concret credibilitatea sa, prin raportare la motivul de excludere incident.

Condițiile prevăzute de art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101 /2016 nu pot fi considerate ca fiind îndeplinite dat fiind că nu actele atacate prin contestația ce formează obiectul prezentei cauze sunt cele care au produs consecințe juridice în privința ofertei contestatoarei, consecința juridică constând în excluderea definitivă a ofertei contestatoarei fiind produsă prin adresa CNAIR din data de 10.05.2019.

Existența prejudiciului/a pagubei iminente trebuie dovedită prin raportare la actul atacat, or actele atacate de SC VIAPONTE ROM SRL prin contestație nu sunt de natură a păgubi contestatoarea, câtă vreme ele

doar reiterează/relatează o serie de aspecte referitoare la excluderea asocierii care este anterioară acestor acte.

Oferta contestatoarei a fost deja exclusă în mod definitiv din procedura de atribuire, prin cea de-a doua decizie de excludere din data de 10.05.2019, decizie care a rămas definitivă ca urmare a validării ei prin decizia definitivă pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 4076/2/2019.

Prin urmare, suspendarea soluționării prezentei contestații nu poate fi în mod legal dispusă de către CNSC, câtă vreme excluderea ofertei contestatoarei este definitivă și anterioară emiterii documentelor contestate în prezenta cauză de către SC VIAPONTE ROM SRL.

Suspendarea soluționării contestației ar conduce la tergiversarea nelegală și vădit nejustificată a finalizării procedurii de atribuire de către un operator economic care nu mai este implicat în procedura de atribuire, în contextul în care dosarul nr. 9594/3/2018, până la a cărui soluționare definitivă se solicită suspendarea prezentei cauze, este el însuși suspendat încă din data de 20.06.2019 până la soluționarea unui dosar arbitral. Dosarul a fost suspendat mult anterior emiterii Decretului Prezidențial nr. 195/2020, soluționarea sa nefiind suspendată ca urmare a instituirii stării de urgență pe teritoriul României.

SC VIAPONTE ROM SRL a încercat anterior să obțină suspendarea efectelor documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 pe care îl consideră absolut esențial în soluționarea contestației sale, însă cererea de suspendare a documentului constatator a fost respinsă prin Sentința civilă nr. 780/09.02.2018 a Tribunalului București, rămasă definitivă prin Decizia civilă nr. 3875/25.06.2018.

Prin urmare, în contextul în care oferta sa a fost exclusă în mod definitiv din procedura de atribuire, SC VIAPONTE ROM SRL nu poate justifica un potențial prejudiciu pe care l-ar suporta prin soluția de respingere a cererii de suspendare. Dimpotrivă, singura parte prejudiciată în ipoteza absurdă a admiterii cererii de suspendare ar fi Astaldi SpA care este ofertant desemnat câștigător și care are dreptul la încheierea contractului odată soluționată contestația SC VIAPONTE ROM SRL de către CNSC.

În continuare, intervenienta reiterează susținerile din cererea de intervenție privind lipsa calității active/lipsa interesului SC VIAPONTE ROM SRL în formularea contestației motivată de faptul că aceasta nu și-a prelungit garanția de participare și oferta, menționând că, CNAIR nu avea obligația de a solicita prelungirea ofertei și a garanției de către SC VIAPONTE ROM SRL ulterior datei de expirare (i.e. 17.12.2019), având în vedere că, anterior expirării valabilității celor două documente, respectiv, în data de 12.08.2019, Curtea de Apel București a validat în mod definitiv cea de-a doua decizie de excludere.

În concret, obligația CNAIR de a solicita prelungirea garanției de participare și a ofertei nu există față de un ofertant a cărui ofertă a fost exclusă în mod definitiv, această obligație subzistă, potrivit Legii nr. 98/2016 și a HG nr. 395/2016 doar în privința ofertanților, nu și a terților față de procedura de atribuire, cum era deja SC VIAPONTE ROM SRL la

momentul la care a expirat valabilitatea garanției de participare și a ofertei.

Excepția lipsei interesului SC VIAPONTE ROM SRL în formularea contestației se impune a fi admisă, câtă vreme oferta acesteia a fost în mod definitiv exclusă din procedura de atribuire și, mai mult, actele de excludere sunt anterioare celor contestate în prezenta cauză, legalitatea și temeinicia acestora fiind validate prin decizia definitivă. Excepția se impune a fi analizată și admisă diferențiat față de următoarele două considerente:

- excluderea ofertei contestatoarei din procedura de atribuire a fost dispusă anterior, în mod definitiv, prin decizia CNAIR comunicată asocierii prin adresa CNAIR nr. 13B/3923/10.05.2019 și nu prin actele contestate în prezenta cauză, iar în ipoteza absurdă a admiterii sale, oferta acesteia ar rămâne exclusă din procedura de atribuire în virtutea actelor anterioare ale CNAIR, validate prin decizie judecătorească definitivă;

- contestatoarea este ofertant exclus din procedura de atribuire prin decizie definitivă și, în consecință, nu are interes în formularea contestației;

- SC VIAPONTE ROM SRL nu aduce niciun contra-argument în combaterea excepției invocate, limitându-se la a reitera faptul că a promovat recurs împotriva hotărârii de respingere ca inadmisibilă a cererii de revizuire.

Intervenientul precizează că cea de-a doua decizie de excludere, din data de 10.05.2019, a rămas definitivă, iar actele subsecvente procesului-verbal de evaluare nr. 13B/3917/10.05.2019, emise de către CNAIR în procedura de atribuire, nu fac altceva decât să reitereze ceea ce, cu autoritate de lucru judecat, a statuat Curtea de Apel București, respectiv că este legală și temeinică cea de-a doua decizie de excludere.

Prima Decizie CNSC a fost pusă în aplicare, în acest scop, autoritatea contractantă trimițând către contestatoare solicitarea de clarificări nr. 13B/3339/18.04.2019. Astfel, CNAIR a solicitat contestatoarei 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.

Întrucât dovezile furnizate de către Asocierea China-Viaponte nu au fost concludente în raport de prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a apreciat că răspunsul contestatoarei 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, reprezentând cea de-a doua decizie de excludere, decizie menținută definitiv de Curtea de Apel București.

Prin adresa nr. 14689/14.04.2020, Consiliul a comunicat contestatorului că, prin adresa nr. 14351/13.04.2020 a fost înregistrat la CNSC originalul cererii de intervenție formulată de ASTALDI SpA.

În vederea soluționării contestației, Consiliu a atașat dosarele nr. 380/2019 și nr. 396/2019 soluționate prin Decizia nr. 509/C5/380/386 din

02.04.2019 și dosarele nr. 893/2019 și nr. 894/2019, soluționate prin Decizia nr. 1086/C5/893/894 din 04.07.2019.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92+600 – 122+950", coduri CPV 45233110-3 (Rev. 2), 45221111-3 (Rev. 2) și 71322500-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 176986/11.07.2017, stabilind termenul limită pentru depunerea ofertelor la 18.10.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț" și o valoare estimată de 1.834.035.567,66 lei, fără TVA.

Prezenta contestație vizează decizia autorității contractante de a respinge oferta depusă de asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, comunicată prin adresa nr. 16822/19.03.2020.

Din documentele depuse la dosarul cauzei de către VIAPONTE ROM SRL rezultă că autoarea contestației a respectat dispozițiile art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 13276/06.04.2020, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206205627/1 din 03.04.2020, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 880.000 RON.

Recipisa de consemnare a cauțiunii se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: *[„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus"]*, coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [*„(5) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii CNSC. Cauţiunea nu se restituie celui care a depus-o în măsura în care autoritatea contractantă face dovada că asupra acesteia a formulat cerere în faţa instanţei pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea termenului de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii. (6) Cererea de restituire se depune la CNSC şi la autoritatea contractantă după expirarea termenului reglementat la alin. (5). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă autoritatea contractantă declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea contestatorului care a constituit cauţiunea la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate ca urmare a depunerii contestaţiei. (7) Consiliul, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu respectarea principiilor reglementate la art. 15, în termen de 5 zile, printr-o încheiere supusă plângerii la instanţa competentă potrivit art. 32 alin. (1) sau (2) în termen de 5 zile de la comunicare. Plângerea este suspensivă de executare"*].

Cu privire la cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA în cauza care formează obiectul prezentului dosar, transmisă la data de

08.04.2020, prin mijloace electronice (e-mail) fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 13975/08.04.2020 și prin Poșta Română, fiind înregistrată la CNSC sub nr. 14351/13.04.2020, Consiliu constată că aceasta a fost formulată cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [*„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației"*], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA la data de 01.04.2020, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 10.04.2020. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece în prezenta cauză ASTALDI SpA urmărește menținerea deciziei autorității contractante cu privire la oferta sa și la oferta asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, motiv pentru care califică cererea de intervenție depusă drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 şi art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ASTALDI SpA are calitatea de ofertant declarat câștigător, iar cererea sa privește respingerea contestației formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA și menținerea deciziei autorității contractante de excludere a asocierii contestatoare și de declarare a ofertei sale ca fiind câștigătoare, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție, astfel cum a fost calificată.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a soluționat următoarele contestații:

- contestația formulată de SC STRABAG SRL împotriva documentației de atribuire, prin Decizia nr. 2824/C2/3779 din 26.10.2017, Consiliul respingând contestația ca inadmisibilă;
- contestația formulată de Asocierea ITINERA S.p.A. – SC RETTER PROJECTMANAGEMENT SRL împotriva rezultatului etapei de verificare DUAE, prin Decizia nr. 102/C5/4683 din 11.01.2018, Consiliul respingând ca nefondată, contestația;

- contestația formulată de TIRRENA SCAVI SpA împotriva deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale și contestația formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD – SC VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, prin SC VIAPONTE ROM SRL împotriva comunicării privind evaluarea documentelor justificative DUAE, prin Decizia nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, Consiliul dispunând următoarele:

„Ia act de renunțarea la contestația formulată de TIRRENA SCAVI SPA (Dosar nr. 380/2019), în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de autoritatea contractantă.

Respinge ca prematură solicitarea TIRRENA SCAVI SPA de restituire a cauțiunii constituită pentru soluționarea contestației care a făcut obiectul dosarului nr. 380/2019.

Respinge, ca nefondate, excepțiile lipsei calității procesuale de folosință active, a lipsei calității 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.

Admite 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, anulează, 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.

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

Respinge cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA (Dosar 386/2019)”.

Această decizie a fost atacată cu plângere, de către ASTALDI SpA, la Curtea de Apel București, sens în care a fost constituit dosarul nr. 2189/2/2019. Prin Decizia nr. 270/2019 din 07.06.2019, Curtea de Apel București a respins, ca nefondată, plângerea.

- contestația formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA (Dosar nr. 893/2019) împotriva deciziei de excludere a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. **13B/3923/10.05.2019** și contestația formulată de ASTALDI SpA (Dosar nr. 894/2019), împotriva solicitării de clarificări a autorității contractante nr. 13B/3918/10.05.2019, prin Decizia nr. 1086/C5/893/894 din 04.07.2019, Consiliul dispunând următoarele:

„Respinge excepția invocată de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD – SC VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA (Dosar nr. 893/2019).

Admite contestația formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU CO LTD – SC VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE, PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, prin SC VIAPONTE ROM SRL (Dosar nr. 893/2019), anulează, în parte, procesul verbal nr. 18, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13B/3917/10.05.2019 și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile lucrătoare de la data primirii prezentei decizii, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor de reținute în motivare.

Față de soluția pronunțată în Dosarul nr. 893/2019, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA.

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației formulată de ASTALDI SpA și lipsa de obiect a acesteia (Dosar nr. 894/2019).

Admite, în parte, contestația formulată de ASTALDI SpA (Dosar nr. 894/2019) în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, și anulează parțial solicitarea de clarificări nr. 13B/3918/10.05.2019, referitoare la refuzul CNAIR de a înlocui subcontractantul UTI, conform celor reținute în motivare.

Respinge ca lipsit de interes capătul de cerere formulat de ASTALDI SpA privind «obligarea autorității contractante la solicitarea societății sale, respectiv, la acceptarea înlocuirii subcontractantului UTI cu un alt subcontractant în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situația în care CNAIR apreciază că acest subcontractant se află într-unul din cazurile de excludere reglementate de Legea nr. 98/2016».

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare".

Această decizie a fost atacată cu plângere de către ASTALDI SpA, la Curtea de Apel București, sens în care a fost constituit dosarul nr. 4076/2/2019. Prin Decizia nr. 409 din 12.08.2019, instanța a admis plângerea formulată de ASTALDI SpA, dispunând următoarele:

„Respinge excepția invocată de intimată.

Admite plângerea formulată de către petenta ASTALDI SPA cu domiciliul ales la SCA TUCA ZBARCEA ŞI ASOCIAŢII, BUCUREŞTI, ŞOSEAUA NICOLAE TITULESCU NR.4-8, CLĂDIREA AMERICA HOUSE, INTRAREA ARIPA DE VEST ET.8, Sector 1, București, în contradictoriu cu intimații COMPANIA NAŢIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE, cu sediul în sector 1, București, BD.DINICU GOLESCU, nr. 38 şi VIAPONTE ROM S.R.L., cu sediul în sector 2, București, STR. ARHITECT ALEXANDRU SĂVULESCU, nr. 6.

Modifică în parte Decizia nr. 1086/C5/893/894 din 4 iulie 2019 emisă de CNSC, în sensul că ***respinge, ca neîntemeiată, contestația formulată de Asocierea China Railway 14TH Bureau CO LTD - Viaponte Rom SRL - Viaponte, Projetos e Consultoria de Engenharia SA****.*

În consecință, admite cererea de intervenție accesorie formulată Astaldi SpA.

Menține Decizia în ceea ce privește soluțiile asupra excepțiilor invocate și contestației formulate de Astaldi SpA SC, care nu au făcut obiectul controlului judiciar.

Definitivă".

Decizia nr. 409 din 12.08.2019 a Curții de Apel București a făcut obiectul Cererii de revizuire, depusă de VIAPONTE ROM SRL în nume propriu și în numele asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, la Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, sens în care a fost constituit Dosarul nr. 2263/1/2019. Instanța a soluționat cererea de revizuire prin Hotărârea nr. 1006/2020 din 20.02.2020, în sensul că a respins-o ca inadmisibilă. Împotriva acestei hotărâri, VIAPONTE ROM SRL a depus, la Înaltă Curte de Casație și Justiție, Cererea de recurs, datată 26.02.2020, pentru care, încă, nu s-a stabilit termenul de judecată.

Preliminar analizării cererii de suspendare a soluționării contestației, a excepțiilor invocate de intervenientă, respectiv a fondului contestației, verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată următoarele:

- în cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 8 operatori economici, printre care și asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA și ASTALDI SpA așa cum rezultă din tabelul cu datele de identificare ale ofertanților și erata la acesta, publicate de autoritatea contractantă în SEAP la data de 30.10.2017, respectiv la data de 02.11.2017;

- comisia de evaluare, potrivit mențiunilor din procesul verbal nr. 12, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13B/410/17.01.2019, a evaluat propunerile tehnice și financiare, a aplicat criteriul de atribuire și a stabilit clasamentul intermediar, potrivit căruia, oferta depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA – 96,78 puncte, a fost poziționată pe locul 2, fiind urmată în clasament de ofertantul ASTALDI SPA - 92,84 puncte, poziționat pe locul 3;

- potrivit informațiilor din cadrul procesului verbal **nr. 13,** înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. **13B/710/30.01.2019,** constatând existența Documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de CNAIR SA pentru Asocierea ICM SpA (fosta Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S.pA.) - SC VIAPONTE ROM SRL, autoritatea contractantă a exclus din procedură, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din HG nr. 395/2016, oferta depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, rezultatul fiind comunicat prin adresa nr. 13B/1661/01.03.2019;

- contestația formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA împotriva deciziei de excludere a

ofertei sale a fost admisă de Consiliu, prin Decizia nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, fiind dispusă reevaluarea ofertei depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA;

- după primirea Deciziei nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, membrii comisiei de evaluare au procedat la reevaluarea ofertei depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, în legătură cu care au reținut, în cadrul **procesului verbal nr. 18**, înregistrat sub nr. **13B/3917/10.05.2019**, că aceasta trebuie exclusă, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;

- contestația formulată de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA împotriva deciziei de excludere a ofertei sale comunicată prin adresa nr. 13B/3923/10.05.2019, care a făcut obiectul dosarului nr. 893/2019, a fost admisă de Consiliu prin Decizia nr. 1086/C5/893/894 din 04.07.2019;

- după primirea Deciziei nr. 1086/C5/893/894 din 04.07.2019, comisia de evaluare a pus în executare decizia Consiliului, sens în care, în cadrul **procesului verbal nr. 20**, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. **13B/59405/15.07.2019**, a anulat decizia de excludere a asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA (consemnată în procesul verbal nr. 18, înregistrat sub nr. 13B/3917/ 10.05.2019), a declarat-o admisibilă, a aplicat criteriul de atribuire și a stabilit clasamentul intermediar, potrivit căruia oferta contestatoarei a fost poziționată pe locul 1;

- ca urmare a Deciziei nr. 409 din 12.08.2019 a Curții de Apel București prin care a fost admisă plângerea formulată de ASTALDI SpA împotriva Deciziei nr. 1086/C5/893/894 din 04.07.2019 și s-a respins contestația formulată de VIAPONTE ROM SRL, comisia de evaluare, în cadrul **procesului verbal nr. 21**, înregistrat la autoritatea contractantă sub **nr. 13B/7375/09.09.2019**, a anulat decizia prin care a fost admisă oferta depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA (așa cum s-a menționat în procesul verbal nr. 20/13B/ 5940/15.09.2019), precizând că *„se revine la decizia prin care s-**a decis excluderea ofertei depusă de către CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016 (...) consemnată în cadrul procesului verbal nr. 18/13B/3917/10.05.2019**, precum și cum a fost **comunicată** ofertantului CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA **prin** Comunicarea privind excluderea ofertei (**adresa nr. 13B/3923/10.05.2019**)*";

- în cadrul raportului procedurii nr. 20/2444/19.03.2020, autoritatea contractantă a stabilit ca fiind câștigătoare oferta depusă de ASTALDI SpA,

în legătură cu oferta depusă de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, exclusă din procedură, invocând procese verbale încheiate în cadrul procedurii de atribuire și decizii emise de CNSC, Curtea de Apel București și Înalta Curte de Casație și Justiție;

- prin adresa nr. **16822/19.03.2020**, autoritatea contractantă a comunicat asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA faptul că, în urma finalizării procesului de evaluare „se menține decizia de excludere a ofertei dvs., în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016, decizie care v-a fost comunicată deja prin adresa Comisiei de evaluare nr. **13B/3923/10.05.2019**, rămasă definitivă prin Decizia nr. 409/ 12.08.2019 pronunțată de Curtea de Apel București".

În ceea ce privește cererea de suspendare a soluționării contestației, formulată de contestatoare, întemeiată pe faptul că prezenta cauză depinde, în temeiul art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, de soluția ce va fi pronunțată de Curtea de Apel București – Secția Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. 9594/3/2018, aflat în fază procesuală a recursului, având ca obiect anularea documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de CNAIR, Consiliul constată următoarele:

Așa cum s-a reținut în paragrafele anterioare, oferta contestatoarei a fost exclusă din prezenta procedură de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016 (având în vedere existența Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017), această decizie fiind comunicată contestatoarei, inițial, prin adresa nr. 13B/3918/10.05.2019, menținută de Curtea de Apel București, care, în cadrul Deciziei nr. 409/2019 din 12.08.2019 (definitivă), prin care a fost modificată, în parte, Decizia nr. 1086/C5/893/894 din 04.07.2019, instanța a precizat, printre altele, următoarele:

„Așadar, contrar aprecierii Consiliului, ***Curtea constată îndeplinirea cumulativă a cerințelor legale impuse pentru reținerea cazului de excludere reglementat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.***

(...) autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii;

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile sectoriale, comisiei de evaluare din cadrul entității

contractante revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a presta serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire. (...)

Prin urmare, dispozițiile invocate instituie, pe de o parte, posibilitatea operatorului economic aflat într-una din situaţiile de excludere, de a aduce dovezi concrete pentru a convinge autoritatea contractantă de credibilitatea sa, pe de altă parte, ***dreptul autorităţii contractante de a aprecia suficienţa acestor dovezi.***

În speță, din actele depuse, rezultă că autoritatea contractantă şi-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură, şi că, mai mult, alegerea a fost justificată.

În acest sens, se observă că în adresa nr. ***13B/3923/10.05.2019****, prin care a fost comunicată măsura excluderii, au fost menționate şi avute în vedere toate împrejurările relevante care au format opinia autorității în sensul excluderii din procedură a intimatei cât şi apărările şi răspunsul la clarificările solicitate; s-a reținut, în primul rând, existența documentului constatator, emis de pe numele Asocierii din care face parte, în calitate de contractant, şi intimata SC Viaponte Rom SRL, din care reiese foarte clar că «Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător».*

(...)

Astfel, autoritatea contractantă a respins, motivat, apărările intimatei referitoare la modul de derulare a contractului anterior; (...).

Curtea constată, contrar Consiliului, că autoritatea contractantă a procedat la o analiză efectiva a tuturor informațiilor comunicate de intimată ajungând la concluzia, argumentată pe larg, că acestea că nu sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității ofertantului. (...)

Contrar considerentelor CNSC, ***Curtea apreciază că autoritatea contractantă*** *a efectuat această analiză şi că,* ***în aplicarea corectă a legii, şi-a exercitat dreptul de apreciere*** *în Limitele impuse,* ***stabilind motivat****, prin prisma documentelor depuse şi explicațiilor oferite,* ***că măsura excluderii se impune****, neasumându-şi răspunderea de a păstra în procedură un ofertant care nu a convins.*

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea excluderii din procedură a unui operator economic aflat în această situaţie, nici Consiliul şi nici instanța nu pot interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere.

Or, în speţă, ***nu se pot reține nici încălcarea legii şi nici exercitarea dreptului, cu exces de putere****".*

Din cele expuse anterior, rezultă că, prin Decizia nr. 409/2019 din 12.08.2019 a Curții de Apel București, oferta contestatoarei a fost respinsă/exclusă în mod definitiv în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Pe de altă parte, din documentele depuse la dosarul cauzei și informațiile publicate pe portalul instanțelor de judecată, rezultă că, pe rolul Curții de Apel București, se află cererea formulată de asocierea ICM SPA – VIAPONTE ROM SRL de anulare a documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, sens în care s-a constituit dosarul nr. 9594/3/2018,

soluționarea cauzei fiind, în acest moment, suspendată „până la soluționarea dosarului nr. 15/2018 aflat pe rolul Curții de Arbitraj Internațional – Camera de Comerț și Industrie a României".

Astfel, din documentele depuse la dosarul cauzei, rezultă faptul că, în legătură cu contractul nr. 92/30792/26.05.2016, au fost formulate, la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, următoarele cereri:

- ICM SpA, în nume propriu și în calitate de lider al asocierii ICM SpA - SC VIAPONTE ROM SRL a formulat Cerere de arbitrare (Dosar nr. 15/2018), înregistrată la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional sub nr. 27/02.02.2018, disputele înaintate spre arbitraj vizând, printre altele, *„netemeinicia și nelegalitatea rezilierii contractului de către beneficiar în temeiul subclauzei 15.2 (a); Încălcarea substanțială a obligațiilor beneficiarului"*, solicitându-se, printre altele, *„să se constate nelegalitatea și netemeinicia rezilierii contractului de către pârâtă, iar în raport de încălcarea substanțială a obligațiilor acestuia, să dispună rezilierea contractului din culpa pârâtei"*;

- CNAIR a formulat Cerere Reconvențională, înregistrată la CNAIR sub nr. 21763/29.03.018 (Dosar nr. 15/2018), care are ca obiect obligarea asocierii ICM SpA - SC VIAPONTE ROM SRL la plata sumei în cuantum de 11.849.840,26 lei (compusă din: 6.600.000,00 lei – penalități pentru neîndeplinirea punctelor de referință 1, 2 și 3; 2.67.764,40 lei – penalități pentru nepredarea contractuală a Raportului; 2.573.075,86 lei – plata serviciilor de consultanță);

- ICM SpA, în nume propriu și în calitate de lider al asocierii ICM SpA - SC VIAPONTE ROM SRL a formulat răspuns la cererea reconvențională formulată de CNAIR.

Consiliul constată că este nerelevantă, în speță, soluția care va fi obținută de asocierea din care face parte VIAPONTE ROM SRL în dosarul nr. 9594/3/2018, o soluție a instanței referitoare la documentul constatator, favorabilă contestatoarei, nefiind de natură să modifice decizia definitivă, încă de la data de 12.08.2019, de excludere a ofertei contestatoarei din prezenta procedură de atribuire.

Pe de altă parte, relevant în speță este și faptul că autoarea contestației nu a obținut suspendarea efectelor documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, Decizia civilă nr. 780/09.02.2018 pronunțată de Tribunalul București - Secția a II a de Contencios Administrativ, fiind definitivă.

În aceste condiții, Consiliul constată că, în speță, nu sunt incidente dispozițiile art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 [„(1) Consiliul, prin încheiere, poate suspenda procedura de soluționare a contestației: a) în situaţia în care aceasta depinde în tot sau în parte de existenţa ori inexistenţa unui drept care face obiectul unei alte judecăți"], așa cum susține contestatoarea, cererea de suspendare urmând a fi respinsă.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, analizând cu prioritate excepția invocată de intervenientă privind lipsa calității procesuale active a contestatoarei pentru neprelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare după data de 17.12.2019,

constată că aceasta este nefondată, așa cum rezultă din următoarele considerente.

Din documentele depuse la dosarul cauzei de către asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA rezultă faptul că autoarea contestației, a comunicat autorității contractante, prin mijloace electronice (e-mail), la data de 15.01.2020, faptul că și-a prelungit, din proprie inițiativă, valabilitatea ofertei și a garanției de participare, informând autoritatea contractantă că *„dacă doriți să vă transmitem documentele aferente prelungirii valabilității ofertei și garanției de participare, să rugăm să solicitați aceasta și să deschideți fereastră aferentă de corespondență în SEAP"*.

Din conținutul procesului verbal nr. 22, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 20/426/17.01.2020, rezultă că autoritatea contractantă a reținut, referitor la valabilitatea ofertelor și a garanțiilor de participare, că termenul de valabilitate al acestora a fost 17.12.2019, și „până la data ședinței de evaluare nu a fost primită dovada oficială privind prelungirea valabilității ofertei și garanției de participare la licitație".

În cadrul aceluiași proces verbal, autoritatea contractantă a precizat că „în data de 16.01.2020 (la 31 de zile după expirarea valabilității ofertei și a garanției de participare la licitație) a fost primită prin email o informare din partea ofertantului prin care a comunicat faptul că valabilitatea ofertei și a garanției de participare la licitație a fost extinsă din propria inițiativă până la data de 17.06.2020", însă, întrucât decizia de excludere a „asocierii China-Viaponte a rămas definitivă" urmare a deciziei nr. 409/2019 a Curții de Apel București, asocierea în discuție era, la momentul întocmirii procesului verbal, *„terț față de procedura de atribuire, fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei formalități/transmiterea vreunei adrese/comunicări oficiale către această asociere din cadrul comisiei de evaluare din cadrul CNAIR. (...) în ceea ce privește informarea comunicată prin email la data de 16.01.2020 de operatorul CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, deși nu creează nici un fel de obligație, precizăm faptul că întrucât acesta nu mai are calitatea de ofertant în procedura de atribuire, comisia de evaluare nu are atribuții de a purta corespondențe cu acesta",* rezultând astfel că dovezile referitoare la prelungirea garanției de participare și a valabilității ofertei nu au mai fost solicitate contestatoarei de către autoritatea contractantă. Prin urmare, documentul transmis de contestatoare la dosarul cauzei ca dovadă a prelungirii garanției de participare și a ofertei, respectiv garanția de participare nr. GC1065719001189, emisă de Bank of China Limited, Shandong Branch, cu valabilitate începând din data de 17.12.2019 până la data de 17 iulie 2020, în valoare de 7.356.170,40 euro, nu a făcut obiectul analizei membrilor comisiei de evaluare.

În aceste condiții, Consiliul va respinge, ca nefondată, această excepție invocată de intervenientă.

În ceea ce privește excepția, invocată de intervenientă, privind lipsa de interes a contestatoarei în formularea prezentei contestații, Consiliul

constată că aceasta se află în strânsă legătură cu fondul cauzei, astfel încât excepția în discuție va fi unită cu fondul cauzei.

Din conținutul contestației rezultă, în principal, nemulțumirea contestatoarei de decizia autorității contractante de a exclude oferta sa din prezenta procedură de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea considerând că prin această decizie, autoritatea contractantă a încălcat autoritatea de lucru judecat stabilită prin Decizia nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019 emisă de Consiliul.

Din conținutul actului atacat în prezenta cauză, respectiv a adresei nr. 16822/19.03.2020, Consiliul constată că, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei decizia de excludere a ofertei sale, redând în mod identic conținutul adresei nr. **13B/3923/10.05.2019** și precizând următoarele:

„(...) în urma finalizării procesului de evaluare, se menține decizia de excludere a ofertei dvs., în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016, decizie care va fost deja comunicată prin adresa Comisiei de evaluare nr. ***13B/3923/ 10.05.2019****, rămasă definitivă prin Decizia nr. «406/12.08.2019»* (nota CNSC: numărul corect al Deciziei este 409/12.08.2019) *pronunțată de Curtea de Apel București".*

Ori, așa cum s-a mai reținut în cuprinsul prezentei decizii, adresa nr. **13B/3923/10.05.2019** a făcut obiectul analizei Consiliului, constituindu-se dosarul nr. 893/2019, Decizia nr. 1086/C5/893/894 din 04.07.2019, prin care s-a admis contestația formulată de VIAPONE ROM SRL împotriva acestui act, fiind însă modificată de Curtea de Apel București, prin Decizia nr. 409/2019 din 12.08.2019, în sensul respingerii contestației formulată de VIAPONTE ROM SRL.

În speță, Consiliul apreciază relevante dispozițiile art. 634 din Codul de procedură civilă, conform cărora:

„(1) Sunt hotărâri definitive:

1. hotărârile care nu sunt supuse apelului şi nici recursului;

2. hotărârile date în primă instanţă, fără drept de apel, neatacate cu recurs;

3. hotărârile date în primă instanţă, care nu au fost atacate cu apel;

4. hotărârile date în apel, fără drept de recurs, precum şi cele neatacate cu recurs;

5. ***hotărârile date în recurs, chiar dacă prin acestea s-a soluţionat fondul pricinii****;*

6. orice alte hotărâri care, potrivit legii, nu mai pot fi atacate cu recurs.

(2) Hotărârile prevăzute la alin. (1) devin definitive la data expirării termenului de exercitare a apelului ori recursului sau, după caz, la data pronunţării".

De asemenea, relevante în speță sunt și dispozițiile art. 35 alin. (2) din legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„(2) Hotărârea prin care instanţa soluţionează plângerea este definitivă".*

În speță, Decizia nr. 409/2019 din 12.08.2019, prin care instanța a reținut ca temeinic motivul de excludere a ofertei depusă de asocierea

CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA și a respins contestația formulată de VIAPONTE ROM SRL împotriva deciziei (comunicată prin adresa nr. **13B/3923/10.05.2019**) de excludere a ofertei sale în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016 este definitivă de la data de **12.08.2019**, în considerentele deciziei, instanța reținând corectitudinea deciziei autorității contractante de a exclude oferta depusă de contestatoare, relevante în acest sens fiind extrasele din Decizia nr. 409/2019 prezentate la paginile 37-38 din prezenta decizie.

Ori, în condițiile în care, potrivit art. 430 alin. (2) și (5) din Codul de procedură civilă „(2) ***Autoritatea de lucru judecat privește*** *dispozitivul, precum şi* ***considerentele pe care acesta se sprijină****, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă. (...) (5) Hotărârea atacată cu contestaţia în anulare sau revizuire îşi păstrează autoritatea de lucru judecat până ce va fi înlocuită cu o altă hotărâre",* rezultă faptul că, în speță, considerentele instanței prin care s-a reținut corectitudinea respingerii ofertei depuse de asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, se bucură de autoritate de lucru judecat, oferta contestatoarei fiind respinsă/exclusă în mod definitiv din procedura de atribuire, în speță fiind incidente dispozițiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În aceste condiții, critica autoarei contestației referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a aplicat în mod corespunzător decizia Consiliul nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, definitivă, nu poate fi reținut, în condițiile în care, ulterior emiterii acestei decizii, autoritatea contractantă a continuat procedura de atribuire, iar decizia de excludere a ofertantului contestator este definitivă de la data de 12.08.2019.

În acest condiții, Consiliul va respinge, ca nefondate această critică.

În ceea ce privește susținerea autoarei contestației referitoare la presupusa existența a unui document constatator emis pentru „SALIGNI IMPREGILO SpA care a preluat ASTALDI SpA", Consiliul constată că aceasta este o simplă susținere, nedovedită, deși, potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă, *„Cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege",* astfel încât această critica va fi respinsă.

Pe de altă parte, criticile contestatoarei, precum și susținerile părților referitoare la oferta desemnată câștigătoare, nu vor fi analizate de Consiliu, acestea fiind lipsite de interes, deoarece contestatoarea nu mai are posibilitatea de a deveni câștigător în prezenta procedură de atribuire în condițiile în care, așa cum s-a reținut în considerentele prezentei decizii, oferta acestuia a fost exclusă definitiv din procedura de atribuire încă de la data de 12.08.2019.

Pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorităţii contractante.

Deşi, nici Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum criticile de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare, Consiliul constată că, în speță, formularea unor critici cu privire la ofertantul desemnat câștigător nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior.

Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut şi actual în contestarea deciziei de declarare câștigătoare a ofertei depusă de ASTALDI SpA, de vreme ce nu mai poate deveni câștigător în această procedură de atribuire.

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind în mod corect respinsă ca urmare a unei decizii a Consiliului, asocierea CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, nu justifică un interes în criticarea ofertei câștigătoare.

În sensul celor de mai sus, s-a pronunțat Curtea de Apel Cluj prin decizia civilă nr. 1491/2017, precum și Curtea de Apel București prin decizia nr. 1794/2017.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția lipsei calității procesuale active a contestatoarei, invocată de intervenientă, iar în temeiul alin. (6) din același articol al legii, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de VIAPONTE ROM SRL în numele asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD - VIAPONTE ROM SRL - VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA.

Pe cale de consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, cererea formulată de VIAPONTE ROM SRL privind suspendarea soluționării contestației.

Respinge, ca nefondată, excepția lipsei calității procesuale active a contestatoarei, invocată de intervenienta ASTALDI SpA.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de VIAPONTE ROM SRL în numele asocierii CHINA RAILWAY 14TH BUREAU GROUP CO. LTD – VIAPONTE ROM SRL – VIAPONTE PROJETOS E CONSULTORIA DE ENGENHARIA SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA.

Admite cererea de intervenție formulată de ASTALDI SpA.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE COMPLET
Tache ZORILĂ

MEMBRU COMPLET
Daniela UIFĂLEAN

MEMBRU COMPLET
Ana - Magdalena RADU

Redactat în 5 exemplare originale, conține 44 pagini.