OANA GAVRILA
LAW OFFICE

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
Fax: 021.310.46.42
E-mail: office@cnsc.ro

C.N.S.C.
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
DATA 25 IUN. 2020
INTRARE Nr. 25266

Către:	**Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor** Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București
Fax:	021.310.46.42
E-mail:	office@cnsc.ro
În atenția:	**Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA** Mun. București, Str. Dinicu Golescu, nr. 38, cod poștal 010873
Fax:	+40 212643298;
E-mail:	laura.axente@andnet.ro
De la:	**INTRACOM CONSTRUCTIONS SOCIETE ANONYME TECHNICAL AND STEEL CONSTRUCTIONS, nume distinctiv INTRAKAT**
Fax:	+40 214 109 889
E-mail:	oana.gavrila@achizitiiconsult.ro; irina.nedelcu@achizitiiconsult.ro
RE:	Contestație în legătură cu Procedura de atribuire organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *"Proiectare si Executie Autostrada de Centura Bucuresti km 0+000-km 100+900, Sector Centura Nord km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000"* **Anunț de participare nr. CN1011825/06.06.2019**
Data:	25.06.2020
Pagini:	44

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere - S.A.
26 IUN. 2020
Înregistrare 921 - 39041

INTRACOM CONSTRUCTIONS SOCIETE ANONYME TECHNICAL AND STEEL CONSTRUCTIONS, nume distrinctinv Intrakat (**"Intrakat"**), având sediul social în Șos. Paiania - Markopoulo, nr. km19, Grecia, cod de identificare fiscală 094207780, reprezentată legal de dl. Petros Katsias, administrator, și convențional prin avocat **Oana Gavrilă**[1], cu sediul profesional în **București, str. Doctor Dimitrie Drăghiescu nr. 11, sector 5, unde solicităm și comunicarea tuturor actelor de procedură conform art. 158 C. pr. civ.**[2],

având în vedere calitatea de ofertant în cadrul Procedurii de atribuire, organizată prin licitație deschisă, având ca obiect *"Proiectare si Executie Autostrada de Centura Bucuresti km 0+000-km 100+900, Sector Centura Nord km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000"* – **(„Procedura de atribuire")**, publicată în SEAP de către Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, prin Anunțul de participare nr. CN1011825/06.06.2019,

1 **Anexa nr. 1 – Împuternicire avocațială**

2 Raportat la prevederile art. 148 alin. (1) din C. Pr. Civ., indicăm și următoarele coordonate de contact ale **C.I. Oana Gavrilă**: fax: +40 21 410 98 89, e-mail: oana.gavrila@achizitiiconsult.ro, cristina.ciolan@achizitiiconsult.ro, irina.nedelcu@achizitiiconsult.ro iar față de art. 158 alin. (1) din C. Pr. Civ., persoanele însărcinate cu primirea corespondenței sunt avocații Oana Gavrilă, Cristina Ciolan și Irina Nedelcu.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

în contradictoriu cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A. („**CNAIR**" sau „**Autoritatea contractantă**"), cu sediul în București, Strada Dinicu Golescu, nr. 38, sector 1, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București sub nr. J40/552/2004, cod fiscal 16054368, codul NUTS RO321 București, telefon: 0212643299, fax: 0212643298, e-mail: laura.axente@andnet.ro, reprezentată prin Director general,

în temeiul art. 8 din raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, în termen legal, formulăm prezenta

CONTESTAȚIE

solicitându-vă ca, prin decizia pe care o veți pronunța, să dispuneți:

1. anularea Adresei înregistrate sub nr. 92/35808/15.06.2020 privind comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire a contractului aferent lotului 1 ("**Comunicarea privind rezultatul Procedurii**"), a Adresei înregistrate sub nr. 92/35804/15.06.2020 prin care ofertantul Nurol Insaat ve Ticaret A.S. ("**Nurol**") a fost informat că oferta sa a fost desemnată câștigătoare, a Raportului procedurii înregistrat sub nr. 24/2547/15.06.2020 ("**Raportul procedurii**") precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertelor depuse în Procedura de atribuire și plasate pe primele trei poziții în clasamentul ofertelor admisibile și conforme;[3]
2. obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de către Nurol, plasată pe loul I, cu aplicarea sancțiunii excluderii sale din Procedura de atribuire, în considerarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016 și respingerea ca inadmisibilă, dată fiind nerespectarea, de către oferta Nurol, a cerințelor Caietului de sarcini și ale art. 75 din Legea nr. 98/2016;
3. obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de către China Railway 14th Bureau Group Co Ltd. ("**China**"), plasată pe locul II, și aplicarea sancțiunii excluderii sale din Procedura de atribuire, în considerarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) și h) și art. 171 alin. (5) lit.b) din Legea nr. 98/2016;
4. obligarea Autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității Procedurii de atribuire, cu consecința (a) stabilirii conformității propunerii tehnice a Intrakat raportat la criteriile de atribuire impuse prin documentația de atribuire și (b) excluderea Nurol și China din Procedura de atribuire; și
5. obligarea CNAIR la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei cauze, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei,

pentru motivele ce vor fi expuse în continuare.

[3] **Anexa nr. 2 – Documentele contestate.**

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Dräghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

CUPRINS

I CIRCUMSTANȚIEREA DISPUTEI 4
A **Date relevante despre Procedura de atribuire** 4
B **Criteriile de punctare** 4
C **Cerințele de deținere a anumitor avize / autorizații** 4
D **Locul în clasament ocupat de către oferta Intrakat și oportunitatea formulării contestației** 5
E **Obiectul contestației** 5
E.1 Modalitatea de evaluare a ofertei Intrakat 5
E.2 Modalitatea de evaluare a ofertei Nurol 6
E.3 Modalitatea de evaluare a ofertei China 6
II TEMEINICIA CONTESTAȚIEI 7
A **Modalitatea de evaluare a ofertei Intrakat este greșită. Oferta a fost incorect punctată, fără ca vreo clarificare privind experții propuși să fie, efectiv, adresată** 7
A.1 Explicarea criteriului de punctare în discuție și relevanța sa 8
A.2 Lipsa de motivare a Comunicării privind rezultatul Procedurii și a Raportului procedurii 8
A.3 Documentele prezentate de către Intrakat demonstrează capacitatea ofertantului de a beneficia de maximul de puncte posibil a fi acordat acestui factor 12
A.4 Minim 7 proiecte corespund cerințelor din documentația de atribuire 12
A.5 Autoritatea contractantă a preferat să respingă parte dintre proiectele expertului în pofida obligației de a fi clarificat ofertantul 14
B **Modalitatea de evaluare a ofertei China este greșită. În privința acestui ofertant erau incidente cazuri de excludere datorate unor situații care nu au fost nici măcar clarificate** 16
B.1 Abaterile grave comise de către China și incidența art. 167 alin. 1 lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016 16
B.2 Având în vedere că ofertantul China provine dintr-o țară non-UE, oferta trebuie evaluată conform recomandărilor Comisiei Europene nr. C(2019) 5494 coroborate cu dispozițiile din legislația comunitară și națională incidente, asigurându-se respectarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării; evaluarea realizată în mod diferit conduce la o denaturare a concurenței 27
B.3 Subcontractantul Viaponte Engenharia LTDA, declarat de către China, nu poate executa lucrări în Romania 34
C **Modalitatea de evaluare a ofertei Nurol este gresită** 36
C.1 Analiza motivelor de excludere și respingere a ofertei Nurol 36
III INCALCAREA PRINCIPIULUI TRATAMENTULUI EGAL 41
A **Omisiunea Autorității contractante de a fi adresat subscrisei clarificări privind propunerea tehnică a subscrisei (experți) în condițiile în care, pentru ofertantul clasat pe locul I, a așteptat obținerea unora dintre certificări înainte de a solicita înlocuirea** 41
B **Omisiunea Autorității contractante de a fi clarificat prețul ofertat de către China este de natură să afecteze libera concurența** 42
IV CONCLUZII 43

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

I CIRCUMSTANȚIEREA DISPUTEI

A Date relevante despre Procedura de atribuire

[1] La data de 06.06.2019, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. CN1011825/06.06.2019 pentru organizarea Procedurii de atribuire. Potrivit documentației de atribuire, valoarea totală estimată fără TVA a contractului de achiziție publică este în cuantum de **842.140.505 Ron**[4], iar criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate – preț.[5]

B Criteriile de punctare

[2] Relevante pentru soluționarea disputei sunt următoarele prevederi din Fișa de date a achiziției ("**FDA**")[6]:

(a) Componenta tehnică are o pondere de 50 % în punctajul total și a fost evaluată în raport de următorii factori:

- Experiența deținută de Inginerul proiectant de poduri, având o pondere de 4%;
- Perioada de garanție a lucrărilor, având o pondere de 12%;
- Metodologia de realizare a contractului și planificarea resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților, având o pondere de 17%;
- Experiența deținută de Managerul de proiect, având o pondere de 7%;
- Experiența deținută de Șeful echipei de proiectare, având o pondere de 6%.

(b) Componenta financiară are o pondere de 50% și a fost evaluată în raport de prețul ofertei.

C Cerințele de deținere a anumitor avize / autorizații

[3] Proiectul presupune, inter alia, executarea de lucrări la instalațiile de semnalizare feroviară generate de construcția pasajelor pentru Autostrada de Centură București. Lucrările de semnalizare constau în identificarea cablurilor TRR și SCB afectate de lucrările de construcție a pasajelor, mutarea / protejarea cablurilor pe durata executării lucrărilor de construcție și readucerea acestora la amplasamentul inițial ulterior executării lucrărilor.[7]

[4] Activitatea de executare a lucrărilor de semnalizare este condiționată de obținerea, în prealabil, a unor autorizații AFER / CFR. Potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (1) din Ordinul nr. 290/2000 emis de către Ministerul Transporturilor[8]:

> *(1) În domeniul transportului feroviar și cu metroul produsele și/sau serviciile destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru a fi admise din punct de vedere tehnic, trebuie să fie realizate de agenți economici autorizați și supravegheați din punct de vedere tehnic, denumiți în continuare furnizori feroviari, care fac dovada omologării tehnice feroviare sau, după caz, a deținerii unui agrement tehnic feroviar pentru fiecare produs și/sau serviciu furnizat.*

[5] Sublinierea acestei cerințe prezintă relevantă în speță deoarece subcontractantul ofertantului

---

[4] A se vedea Cap. II.1.5) (Valoarea estimată), pag. 2 din Fișa de date a achiziției.

[5] A se vedea în acest sens Cap. II.2.5 Criterii de atribuire, pag. 2 din Fișa de date a achiziției.

[6] **Anexa nr. 3 – Fișa de date a achiziției și Anexa la documentația de atribuire**

[7] În acest sens, a se vedea secțiunile intitulate "Tipuri de lucrări cuprinse în proiect", aflate la pag. 4 și 5 din Vol. 12 al Memoriului tehnic "Lucrări cu specific feroviar la pasajele pe zona București Nord."

[8] Ordinul nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul ("**OMT nr. 290/2000**").

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

Nurol – societatea Vertatel International SRL - nu deține toate autorizațiile / avizele AFER / CFR necesare prestării activităților subcontractate, ceea ce atrage neconformitatea ofertei Nurol și, în mod automat, declararea acesteia ca inadmisibilă, după cum vom argumenta în secțiunile următoare.

D **Locul în clasament ocupat de către oferta Intrakat și oportunitatea formulării contestației**

[6] Din cuprinsul Raportului procedurii rezultă că oferta contestatoarei Intrakat se clasează pe poziția III în clasamentul ofertelor, cu un punctaj final de 94,56 puncte. Pe primele două poziții ale clasamentului se situează Nurol (100 de puncte) și China (97,15 puncte), deși fiecare dintre cei doi ofertanți se află în situații de excludere care nu au fost analizate de către Autoritatea contractantă, astfel cum vom detalia argumentat în continuare.

[7] CNAIR nu a adoptat nicio clarificare privind incidența cazurilor de excludere în privința Nurol și China, în pofida dispozițiilor legale exprese care prevăd că excluderea se dispune oricând[9]. Intrakat este, astfel, vătămată[10], devenind imperativ necesară formularea prezentei contestații pentru a se dispune, prin măsurile angrenate de contestație, excluderea ofertanților Nurol și China din Procedura de atribuire și a se restabili legalitatea.

[8] Se constată, așadar, oportunitatea formulării prezentei contestații având în vedere următoarele:

- Nurol și China au săvârșit abateri profesionale grave pe care, în mod intenționat, nu le-au declarat în DUAE și care se repercutează asupra reputației lor profesionale; urmează să demonstrăm argumentat, în secțiunile următoare, natura abaterilor profesionale săvârșite de către cei doi ofertanți;
- **Articolul 167 alin. (1) lit. c), h), g) și i) din Legea nr. 98/2016 reprezintă o normă cu caracter imperativ** iar **Autoritatea contractantă avea obligația de a exclude ofertanții** care au comis o abatere profesională gravă care le pune în discuție integritatea, în etapa/perioada de evaluare calificare.

E **Obiectul contestației**

[9] Prezentul demers de contestare este subsumat scopului de a demonstra că modalitatea de evaluare a ofertelor aflate pe primele trei poziții în clasamentul Procedurii de atribuire (Nurol, China și Intrakat) încalcă dispozițiile legislației achizițiilor publice și ale documentației de atribuire, impunându-se anularea actelor administrative contestate prin care: (i) oferta Nurol a fost declarată admisibilă, conformă și, în final, câștigătoare, totalizând un punctaj maxim în urma aplicării factorilor de evaluare; (ii) s-a omis a se constata incidența motivelor de excludere în privința Nurol și China și (iii) oferta Intrakat a fost injust depunctată, deși se impunea acordarea punctajului maxim managerului de proiect.

[10] Criticile din cuprinsul contestației sunt structurate pe trei linii de argumentație și privesc modalitatea efectivă în care CNAIR a evaluat ofertele depuse de către Nurol, China și Intrakat.

E.1 **Modalitatea de evaluare a ofertei Intrakat**

[11] Vom demonstra argumentat în secțiunile următoare că:

---

[9] În acest sens, art. 169 din Legea nr. 98/2016 care prevede că: *„**Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință** că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, **în una dintre situațiile prevăzute la** art. 164, 165 și **167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire**."* (subl. ns.).

[10] **Art. 2 alin. (1) pct. a) din Legea nr. 554/2004**: *„În înțelesul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: **a) persoană vătămată - orice persoană titulară a unui drept ori a unui interes legitim, vătămată de o autoritate publică** printr-un act administrativ sau **prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri**; (...);"* (subl. ns.).

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

- **Actele administrative contestate sunt nemotivate**. Autoritatea contractantă nu a oferit nicio motivare, nici măcar lacunară, care să permită subscrisei să identifice raționamentul avut în vedere de către Autoritatea contractantă atunci când aceasta a decis depunctarea unor proiecte propuse de către Intrakat pentru Managerul de proiect; lipsa de motivare afectează principiul transparenței Procedurii de atribuire;

- **Documentele justificative depuse în cadrul propunerii tehnice sunt apte să probeze experiența similară a Managerului de proiect în mai mult de 7 proiecte, motiv pentru care se impunea acordarea punctajului maxim în urma evaluării acestui factor.** Documentele suport depuse în cadrul propunerii tehnice, analizate coroborat, demonstrează experiența specifică a expertului propus, Petros Katsias, dobândită în mai mult de 7 proiecte similare, ceea ce conduce la concluzia că parte dintre proiectele depuse în actuala Procedură au fost în mod injust și nemotivat depunctate;

- **Autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări.** În măsura în care documentele justificative depuse pentru dovedirea experienței specifice a Managerului de proiect nu erau clare sau, dacă în urma analizării lor, erau necesare informații suplimentare, Autorității contractante îi revenea obligația de a solicita clarificări; CNAIR nu s-a conformat, însă, acestei obligații și a depunctat în mod nejustificat proiectele propuse pentru acest expert.

E.2 Modalitatea de evaluare a ofertei Nurol

[12] Urmează să demonstrăm argumentat în cuprinsul secțiunilor următoare că:

- Autoritatea contractantă a omis incidența cazului de excludere referitor la declarațiile false în DUAE privind (i) starea de faliment a subcontractantului Verta Tel SRL, dar și (ii) capacitatea de exercitare a activității profesionale de către acest subcontractant;
- în egală măsură, se impunea respingerea ofertei Nurol deoarece ofertantul a înlocuit subcontractantul inițial declarat (Verta Tel SRL), cu Vertatel Internațional, însă acesta din urmă nu deține toate autorizațiile necesare pentru furnizarea serviciilor subcontractate, nefiind îndeplinite astfel cerințele documentației de atribuire.

E.3 Modalitatea de evaluare a ofertei China

[13] Vom demonstra argumentat în cuprinsul secțiunilor următoare că:

- Autoritatea contractantă a evaluat oferta China fără a solicita clarificări cu privire la prețul ofertat deși acesteia îi revenea această obligație potrivit Directivei nr. 24/2014; procedura de evaluare s-a bazat pe valoarea ofertată, fără a lua în calcul obligația legală de fundamentare a acestui preț și de a verifica ajutorul de stat de care beneficiază China, precum și de a verifica legalitatea acestuia; aceste acțiuni ale Autorității contractante au condus în mod vădit la distorsionarea concurenței prin stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea participanților la procedura de achiziție publică, autoritatea făcându-se vinovată de încălcarea art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea concurenței 21/1996 citat mai sus;
- Nu a fost verificată capacitatea efectivă a ofertantului de a realiza obiectul contractului în curs de atribuire; față de situația subcontractanților declarați și inexistența vreunei societăți care să dețină resursele necesare executării contractului în România, situația era de natură să atragă cel puțin suspiciunile rezonabile pentru o clarificare privind subcontractantul Viaponte, exclus anterior din proceduri organizate de către aceeași Autoritate contractantă.

Față de cele trei linii de argumentație mai sus expuse, precizăm preliminar faptul că prezenta contestație creează premisele unei reevaluări care, temeinic și legal, să permită analiza atentă și detaliată a ofertelor depuse de către ofertanții plasați pe primele trei poziții ale clasamentului ofertelor admisibile și conforme.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

II TEMEINICIA CONTESTAȚIEI

A **Modalitatea de evaluare a ofertei Intrakat este greșită. Oferta a fost incorect punctată, fără ca vreo clarificare privind experții propuși să fie, efectiv, adresată subscrisei**

[14] Autoritatea contractantă a evaluat în mod superficial componenta tehnică a ofertei depuse de către Intrakat, din perspectiva factorului de experiență profesională a Managerului de proiect, ceea ce a făcut posibilă eroarea intervenită în algoritmul de calcul al punctajului total al ofertei.

[15] Raportat la documentele existente, conținute în oferta subscrisei, rugăm Consiliul a observa că:

- Dl. Petros Katsias a fost nominalizat de către Intrakat pentru poziția de Manager de proiect;
- În legătură cu acest factor de evaluare, sunt relevante următoarele dispoziții ale documentației de atribuire:

> ***Denumire factor evaluare: Experienta detinuta de MANAGERUL DE PROIECT***
>
> *Descriere: Experiența deținută în poziția de Manager Proiect și/ sau Director Proiect și/ sau Coordonator Proiect și/ sau Adjunct Director Proiect și/ sau Adjunct Manager Proiect și/ sau Adjunct Coordonator Proiect în cadrul unor contracte de supervizare execuție lucrări și/sau supervizare proiectare și execuție lucrări si/ sau execuție lucrări si/sau proiectare si execuție lucrări de construcție noua si/ sau modernizare si/ sau lărgire drumuri naționale si/ sau drumuri expres si/ sau autostrăzi*
>
> ***Pondere: 7%***
>
> *Algoritm de calcul: Participarea expertului propus in pozitia de Manager Proiect si/ sau Director Proiect si/ sau Coordonator Proiect si/ sau Adjunct Director Proiect si/ sau Adjunct Manager Proiect si/ sau Adjunct Coordonator Proiect in cadrul unor contracte de supervizare executie lucrari si/sau supervizare proiectare si executie lucrari si/ sau executie lucrari si/sau proiectare si executie lucrari de constructie noua si/ sau modernizare si/ sau largire drumuri nationale si/ sau drumuri expres si/ sau autostrazi se va puncta astfel:*
>
> ***participarea in 2 contracte: 1,75 puncte;***
>
> ***participarea în 3 sau 4 contracte: 3,50 puncte;***
>
> ***participarea in 5 sau 6 contracte: 5,25 puncte;***
>
> ***participarea in 7 sau mai mult de 7 contracte: 7 puncte.***
>
> *Nota 1: Ofertantii vor depune Anexa nr. 1 la Formularul nr. 4 "Curriculum Vitae" si documente relevante/ recomandari emise de Beneficiar (Beneficiarul final al contractului) si/sau Angajator pentru fiecare contract prezentat, din care sa rezulte elementele necesare acordarii punctajului.*

- Analiza documentelor justificative depuse de către Intrakat relevă că **expertul Petros Katsias a prestat activități similare în mai mult de 7 proiecte**, în poziția pentru care a fost nominalizat în actuala Procedură de atribuire, impunându-se așadar acordarea unui punctaj maxim de 7 puncte. Cu toate acestea, Autoritatea contractantă, în mod total nejustificat și nemotivat, a decis să depuncteze o parte din proiectele depuse pentru expertul Petros Katsias, rezultând un punctaj final de 3,50 puncte, care nu reflectă realitatea în ceea ce privește experiența similară declarată a expertului;
- Dintre cele 11 proiecte menționate în CV-ul expertului Petros Katsias, Autoritatea contractantă a punctat numai 3 sau 4, acordând un punctaj de 3,50 puncte; nicio argumentație nu este oferită de către CNAIR în susținerea deciziei sale de respingere a unor proiecte, care să permită Intrakat să identifice care proiecte nu au fost punctate și care sunt motivele care fundamentează această decizie a Autorității contractante;
- toate cele 11 proiecte menționate în CV-ul expertului sunt descrise suficient de clar astfel încât să ofere vocație pentru punctare; Autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări înainte de a respinge parte dintre proiectele expertului Katsias, în măsura în care ar fi apreciat că documentele depuse nu sunt clare, sunt incomplete sau dacă erau necesare informații / documente suplimentare, aspect pe care urmează să îl dezvoltăm infra.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

A.1 Explicarea criteriului de punctare în discuție și relevanța sa

[16] În prealabil expunerii punctuale a criticilor referitoare la modalitatea injustă în care a fost determinat punctajul factorului de evaluare privind experiența profesională Managerului de proiect, formulăm următoarele precizări, raportându-ne la dispozițiile relevante din cuprinsul documentației de atribuire:

- **Experiența similară a Managerului de proiect reprezintă un factor de evaluare**[11] care presupune analiza proiectelor în care a fost implicat expertul sub aspectul activităților similare desfășurate în poziția pentru care a fost nominalizat în actualul proiect. În concret, cerința se considera îndeplinită dacă ofertantul demonstrează că Managerul de proiect propus a desfășurat activități similare, iar nu identice, în cadrul unor contracte similare celui din actuala procedură;
- **Numărul de proiecte în cadrul cărora Managerul de proiect a prestat activități similare prezintă relevanță în determinarea punctajului final al factorului de evaluare;** dacă Autoritatea elimină din acest calcul anumite proiecte este, așadar, obligată să indice clar și punctual care sunt proiectele eliminate și motivele pentru care a procedat astfel, reducând punctajul aferent;
- **Documentația de atribuire prevede că ofertanții pot prezenta orice documente relevante pentru demonstrarea experienței profesionale similare anterioare a expertului;** formularea conținută în FDA[12] este, de altfel, extrem de generală, fiind evident atât caracterul exemplificativ al enumerării, cât și acceptabilitatea oricăror documente echivalente celor expres enumerate;

[17] Prin raportare la aspectele subliniate mai sus, Autoritatea contractantă a interpretat eronat cerința din documentația de atribuire referitoare la experiența similară a Managerului de proiect propus de către subscrisa, fapt reflectat apoi în analiza netemeinică, superficială a documentației suport depuse de către Intrakat.

A.2 Lipsa de motivare a Comunicării privind rezultatul Procedurii și a Raportului procedurii

[18] Atât Comunicarea privind rezultatul Procedurii cât și Raportul Procedurii sunt vădit nemotivate, fiind evidentă absența completă a raționamentului propriu avut în vedere de către Autoritatea contractantă la evaluarea ofertei depuse de către Intrakat; Autoritatea contractantă a omis să indice motivele pentru care a decis doar punctarea a 4[13] dintre cele 11 proiecte care demonstrează experiența similară a expertului nominalizat pentru poziția de Manager de proiect. În mod regretabil, Autoritatea contractantă nu și-a argumentat concluziile, ci doar a indicat formal punctajul obținut de cele două componente ale ofertei subscrisei (tehnică și financiară), identitatea ofertantului câștigător și punctajul ofertei acestuia.

[19] În cuprinsul documentelor emise de către Autoritatea contractantă nu se regăsește nicio expunere descriptivă a motivelor pentru care autoritatea consideră că punctajul ofertei Intrakat ar fi fost acordat temeinic, dar nici că anumite proiecte nu ar fi fost punctate în mod just. De asemenea, **lipsesc cu desăvârșire orice informații referitoare la caracteristicile și avantajele relative ale ofertei desemnate câștigătoare în raport cu oferta subscrisei**[14]. Simpla enumerare

---

[11] A se vedea Cap II.2.5 (Criterii de atribuire) din Fișa de date.

[12] A se vedea Nota 1 din Secțiunea referitoare la factorul de evaluare "Experiența deținută de Managerul de proiect", II.2.5 (Criterii de atribuire) din FDA:

> *" Nota 1: Ofertantii vor depune Anexa nr. 1 la Formularul nr. 4 "Curriculum Vitae" si documente relevante/ recomandari emise de Beneficiar (Beneficiarul final al contractului) si/sau Angajator pentru fiecare contract prezentat, din care sa rezulte elementele necesare acordarii punctajului.*

[13] Nici Comunicarea privind rezultatul Procedurii, nici Raportul procedurii nu indică proiectele punctate.

[14] Obligației de informare a ofertantului a cărui ofertă a fost declarată admisibilă (n.n. situație în care se regăsește Intrakat) este reglementată expres de prevederile art. 215 din Legea nr. 98 / 2016:

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

formală a dispozițiilor documentației de atribuire și indicarea valorii absolute a punctajului factorilor de evaluare nu poate echivala cu o motivare a deciziei Autorității contractante în sensul prevăzut de dispozițiile legale indicate în secțiunile anterioare.

[20] Concret, **Autoritatea contractantă avea obligația de a indica motivat de ce oferta subscrisei a obținut un punctaj de doar 94,56 de puncte**, ceea ce presupune argumentarea deciziei de a nu lua în considerare anumite proiecte în evaluarea factorului experiență profesională, **și care au fost avantajele efective pentru care oferta Nurol a primit un punctaj mai mare decât cel al subscrisei. Examenul critic al dispozițiilor legale relevante impun o rigoare a motivării care, în speță, lipsește cu desăvârșire.** Vom prezenta argumentat, în secțiunile următoare, modalitatea în care subscrisa a adus la îndeplinire obligația de a depune documentele în dovedirea experienței profesionale, cu accent asupra proiectelor în care a fost implicat Managerul de proiect și care probează, prin raportare la totalul obținut, faptul că acestea au fost nejustificat depunctate de către Autoritate.

[21] **Autoritatea contractantă nu a realizat o cercetare efectivă a ofertei Intrakat, considerând, probabil, că parte din documentele depuse nu ar demonstra implicarea expertului în toate proiectele indicate de către subscrisa sau că aceste documente nu ar fi relevante pentru demonstrarea experienței profesionale a experților propuși.** În măsura în care Autoritatea contractantă ar fi efectuat o analiză temeinică și riguroasă a documentației suport depuse de către Intrakat și, în special, dacă ar fi clarificat această chestiune, nu s-ar fi ajuns în situația absurdă a depunctării proiectelor, după cum vom sublinia punctual în cele ce urmează.

[22] **Autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței, prin neaducerea la cunoștința subscrisei a informațiilor esențiale pentru analiza legalității evaluării ofertei sale. Motivarea reprezintă o cerință esențială de validitate a oricărui act administrativ**. Ea este o condiție de legalitate intrinsecă a actului, făcând obiectul unei aprecieri în concret, după natura acestuia și contextul adoptării sale. Obiectivul său este prezentarea, într-un mod clar și neechivoc, a raționamentului instituției emitente a actului. Motivarea îndeplinește o funcție de transparență a procedurilor administrative în profitul cetățenilor, care vor putea astfel să verifice dacă actul este sau nu întemeiat; în al doilea rând, aceasta permite instanței / Consiliului să exercite controlul de legalitate asupra actelor contestate. Motivarea este, așadar, o formalitate substanțială a cărei absență sau insuficiență antrenează anularea actului administrativ și care, în cazul nostru concret, nu este nici măcar lacunară, ci complet inexistentă. În acest sens s-a pronunțat o jurisprudență constantă a instanțelor judecătorești, aplicând sancțiuni[15].

---

*"(1) **Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii**, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului - cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.*
*(2) **În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde**: (...)*
*c) **fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuie contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertantului/ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru;**" (subl. ns.)*

[15] *„[...] instanța va anula actul supus controlului său constatând că acesta nu este motivat, în condițiile în care motivarea reprezintă o obligație generală, aplicabilă oricărui act administrativ. Obligația de motivare joacă un rol deosebit de important, în special în cadrul controlului puterii discreționare. Exigența motivării permite reconstituirea raționamenului efectuat de autorul actului pentru a ajunge la adoptarea acestuia. Ea trebuie să figureze chiar în cuprinsul actului și să fie realizată de autorul său. A motiva implică a face cunoscute cu claritate elementele de fapt și de drept care permit înțelegerea deciziei și aprecierea legalității sale. [subl. ns.]" (**Tribunalul Brașov, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, Sentința nr. 453/CA/29.05.2008**, rămasă irevocabilă).*
- *"Pentru a-și putea exercita atribuția de control al legalității actelor administrative potrivit art. 18 din Legea nr. 554/2004, instanța*

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

[23] Și jurisprudența CEJ impune obligația motivării[16], sens în care s-a reținut că *„atunci când (...) o instituție a Comunității dispune de o largă putere de apreciere, respectarea garanțiilor conferite de ordinea juridică comunitară în cadrul procedurilor administrative are o importanță fundamentală. Printre aceste garanții se înscrie în special **obligația instituției competente de a motiva în mod suficient propriile decizii. Numai astfel instanța comunitară poate să verifice dacă au fost întrunite elementele de fapt și de drept de care depinde exercitarea puterii de apreciere**"* [17]. (subl. ns.)

[24] Motivarea actului administrativ devine un element al legalității acestuia, prin evitarea excesului de putere al autorității emitente. CEJ a reținut că *„obligația de motivare constituie o normă fundamentală de procedură, care trebuie distinsă de **problema temeiniciei motivării, aceasta din urmă fiind o componentă a legalității pe fond a actului în litigiu**"*[18]. (subl. ns.)

[25] Dată fiind lipsa unei motivări (care nu numai că trebuie să existe, ci trebuie să fie și clară și precisă), actele administrative contestate încalcă:

- Dispozițiile art. 31 din Constituție, care reglementează dreptul la informație al persoanelor, motivarea devenind un principiu al procedurii de emitere a actelor administrative;
- Principiul motivării actelor administrative, consacrat și la nivel european, condiția fiind prevăzută la art. 296 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (ex-art. 253 din Tratatul Comunităților Europene) precum și la art. 162 EURATOM care stabilește prezentarea într-un mod *„clar si neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului."*;
- Recomandarea (2007) a Comitetului de Miniștri (art. 17 pct. 2) și Rezoluția (77) a Comitetului de Miniștri (principiul IV), preluate în Codul European al Bunei Conduite Administrative care prevede că *„fiecare decizie adoptată de Instituție, care poate afecta în mod negativ drepturile sau interesele unei persoane particulare, va menționa temeiurile pe care se bazează, indicând în mod clar faptele relevante și baza legală a deciziei."*;
- Același art. 17, pct. 2 din Recomandarea (2007) a Comitetului de miniștri al Statelor Membre ale Comunității Europene referitor la buna administrație, stipulează citãm – *„actele individuale*

---

de judecată trebuie să cunoască rațiunile pentru care emitentul actului, în îndeplinirea puterii sale discreționare, a ales soluția criticată de cel vătămat, iar această motivare trebuie să fie intrinsecă actului administrativ. Obligația autorității emitente de a motiva actul administrativ constituie o garanție contra arbitrariului administrației publice și se impune mai ales în cazul actelor prin care se suprimă drepturi sau situații juridice individuale, cum este cazul în speță. [subl. ns.]" ***(Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 2732/27.06.2008)***.

○ *„Înalta Curte a reținut că orice decizie de natură a produce efecte privind drepturile și libertățile fundamentale trebuie motivată nu doar din perspectiva competenței de a emite acel act administrativ, ci și din perspectiva posibilității persoanei și a societății de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării granițelor dintre puterea discreționară și arbitrariu. [...] O detaliere a motivelor este necesară și atunci când instituția emitentă dispune de o largă putere de apreciere, căci motivarea conferă actului transparență, particularii putând verifica dacă actul este corect fundamentat și, în același timp, permite exercitarea de către curte a controlului jurisdicțional) [subl. ns.]"* ***(Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 1580/11.04.2008)***.

Totodată, în sensul că o serie de justificări generice echivalează cu o nemotivare a actului emis s-a pronunțat și Curtea Europeană de Justiție. Spre exemplu, în cauza *Comisia Comunităților Europene c/a (Sytraval) și Brink's France SARL* (**C-367/1995**), Curtea a arătat că:

*„(...) este stabilit deja în practică că **motivarea trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte de o manieră clară și univocă algoritmul urmat de instituția care a adoptat măsura atacată**, astfel încât **să li se permită persoanelor vizate să stabilească motivarea măsurilor** și, de asemenea, **să permită curților comunitare competența să efectueze revizuirea actului**".(subl. ns.)*

[16] A se vedea **Hotărârea Curții din 22.03.2001**, Franța/Comisia C-17/99, Rec., p.I-2481, punctul 35 și Hotărârea Tribunalului din 12.11.2008, Evropaïki Dynamiki/ Comisia, R-406/06,pct.47.

[17] **Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță** (camera a șasea) din data de 20 mai 2009 pronunțată în cauza T-89/07.

[18] A se vedea Hotărârea Curții din 22.03.2001, Franța/Comisia C-17/99, Rec., p.I-2481, punctul 35 și Hotărârea Tribunalului din 12.11.2008, Evropaïki Dynamiki/ Comisia, R-406/06,pct.47.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

trebuie să fie motivate adecvat cu indicarea motivelor de fapt si de drept pentru care au fost adoptate".

- Cerința motivării actelor administrative rezultă în mod expres și din principiul IV din Rezoluția (77)31 a Comitetului de Miniștri al Statelor Membre privind protecția în raport cu actele administrației, conform căruia *„atunci când un act este de natura a aduce atingere drepturilor, a libertăților sau intereselor individului, persoana interesată este informată cu privire la motivele care au stat la baza emiterii actului. Acest lucru se face fie prin indicarea motivelor în cuprinsul actului, fie, la cererea persoanei interesate, prin comunicare în scris într-un termen rezonabil* ".

[26] În speță, **Autoritatea Contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de motivare**. O astfel de conduită, contrară atât sensului cât și impunerilor legii, atrage sancțiuni, în deplin acord cu aspectele reglementate, expuse în continuare:

- **Dispozițiile legale impun obligația motivării**. În conformitate cu prevederile 215 din Legea nr. 98/2016, Autoritatea Contractantă are obligația de a informa fiecare ofertant cu privire la motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale, respectiv cu privire la interpretarea întregii sale documentații de ofertă; nu există niciun dubiu cu privire la existența unei astfel de obligații;
- **Practica este constantă în a sancționa conduita contrară a Autorității Contractante**, respectiv aplicarea sancțiunii anulării actelor administrative emise fără motivare. Exemplificativ, indicăm câteva repere jurisprudențiale care confirmă necesitatea motivării[19];

---

[19] *„[...] instanța Uniunii trebuie să poată verifica, în temeiul caietului de sarcini și a motivării deciziei de atribuire, ponderile respective ale diferitelor criterii și subcriterii de atribuire tehnice în evaluare, cu alte cuvinte în calculul scorului total, precum și numărul minim și maxim de puncte pentru fiecare dintre aceste criterii sau subcriterii. Pe de altă parte, atunci când autoritatea contractantă anexează evaluări specifice privind modul în care oferta în cauză îndeplinește sau nu îndeplinește aceste criterii și subcriterii diferite, care sunt vădit relevante pentru punctarea globală a ofertei menționate, obligația de motivare include în mod necesar cerința de a explica modul în care, în particular, evaluările negative au determinat deducerea punctelor." (subl. ns.).*

- Curtea de Justiție a sancționat constant un comportament evaziv și necorespunzător al autorităților contractante în îndeplinirea obligației de a comunica rezultatul procedurii de atribuire de o manieră care să respecte principiul transparenței și tratamentului egal, statuând că:

„[...], tribunalul a constatat că, atât pentru European Dynamics și alții, cât și pentru Tribunal, era imposibil de înțeles calculul sau defalcarea precisă a punctelor deduse pentru fiecare subcriteriu sau chiar pentru fiecare dintre subpuncte și că, astfel, nu era posibil nici să se verifice dacă și în ce măsură aceste deduceri corespundeau efectiv aprecierilor negative exprimate în raportul de evaluare și, prin urmare, dacă acestea erau sau nu erau justificate sau, cel puțin, suficient de plauzibile."

- **Decizia nr. 59/01.02.2011, pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție**, reține că:

„Motivarea actului administrativ, justificarea rațiunilor de fapt și de drept care au stat la baza emiterii acestuia, reprezintă o garanție a respectării legii și a ocrotirii drepturilor individuale, o formă de protejare a cetățeanului împotriva arbitrariului puterii publice, care în aceste condiții devine evident și poate fi cenzurat pe cale jurisdicțională."

- **Decizia nr. 2973/10.09.2012, pronunțată de Curtea de Apel București**, în care instanța a statuat că:

„motivarea unei decizii administrative nu poate fi limitată la considerente legate de competența emitentului ori la temeiul de drept al acesteia, ci trebuie să conțină și elementele de fapt care să permită, pe de o parte, destinatarilor să cunoască și să evalueze temeiurile deciziei, iar pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate. În acest sens, nemotivarea deciziei de eliberare din funcția publică reprezintă o cauză de nulitate a acesteia, întrucât obligația motivării actului administrativ reprezintă o cerință de legalitate, acceptată atât pe plan intern, cât și la nivel comunitar, constituind o garanție împotriva arbitrariului."

- **Decizia civilă nr. 71 din 18 ianuarie 2011 prin care Curtea de Apel Timișoara** a reținut că:

„așa fiind, cum este de esența dreptului administrativ cerința motivării actului administrativ, pentru că acestea reprezintă o punere în executare a legii, Curtea constată că decizia de impunere atacată este nelegală și creează un prejudiciu reclamantei, pentru că în lipsa motivării este împiedicată să-și exercite dreptul la apărare recunoscut de Constituție și de CEDO [...]." (subl. ns.).

- Inclusiv în doctrină s-a reținut că:

„[...] includem în sfera acestor condiții de «formă exterioară» și motivarea; orice act administrativ, fie normativ, fie individual, potrivit exigențelor Constituției, trebuie să fie motivat." (subl. ns.). Se reține că „motivarea trebuie să conțină elementele de fapt și de drept care să permită verificarea temeiurilor și efectelor deciziei administrative, precum și a proporționalității măsurii cu împrejurările în care a fost dispusă [...]".

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

- Posibilitatea Entității contractante de a „omite" motivarea conformă a deciziei sale și de a respinge oferta fără o justificare obiectivă și fără a o mai supune procesului de evaluare conduce la includerea unui element de apreciere discreționar, aleatoriu și necondiționat de niciun element obiectiv.[20] Or, acest demers încalcă principiile transparenței și proporționalității necesar a fi respectate în materia achizițiilor publice.

Autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de motivare. Comunicarea privind rezultatul Procedurii și Raportul Procedurii nu conțin vreun raționament, vreo explicație temeinică și legală care să reflecte motivele pentru care au fost depunctate parte dintre proiectele indicate de către Intrakat, în vederea demonstrării îndeplinirii cerinței privind experiența profesională similară a Managerului de proiect. Lipsa de motivare denotă o conduită nelegală, abuzivă a Autorității contractante, remediul efectiv fiind anularea adreselor emise cu încălcarea flagrantă a dispozițiilor legale incidente.

A.3 **Documentele prezentate de către Intrakat demonstrează capacitatea ofertantului de a beneficia de maximul de puncte posibil a fi acordat acestui factor**

[27] CV-ul expertului nominalizat pentru poziția de Manager de proiect indică un număr de 11 proiecte posibil a fi fost punctate și descrise suficient de clar pentru a oferi vocație de punctare; Autoritatea contractantă a decis, fără însă și a motiva/explica/evidenția cu claritate, punctarea a numai 3 sau 4 dintre proiectele expertului.

[28] O analiză riguroasă a documentelor justificative depuse relevă faptul că expertul propus a prestat activități similare în mai mult de 7 proiecte în poziția pentru care a fost nominalizat în actuala Procedură de atribuire, impunându-se așadar acordarea punctajului maxim de 7 puncte. Astfel, pentru expertul nominalizat în poziția de Manager de proiect, au fost prezentate recomandări documente relevante emise atât de către beneficiari ai lucrărilor executate cât și de către angajatorul expertului dar și CV-ul expertului; din analiza documentelor justificative depuse rezultă că expertul a prestat în toate aceste proiecte activitățile specifice solicitate pentru demonstrarea experienței similare în actuala procedură; toate aceste documente trebuie interpretate și luate în considerare coroborat, neexistând nicio justificare legală pentru eliminarea vreunuia dintre ele, aspect care rezultă din prezentarea detaliată a informațiilor conținute în tabelul atașat, pe care vă rugăm să le aveți în vedere la soluționare[21]. Pentru a facilita analiza Consiliului cu privire la greșita interpretare și aplicare, de către Autoritatea contractantă, a dispozițiilor referitoare la evaluarea ofertei Intrakat, prin raportare la factorul experiență similară a Managerului de proiect, **depunem alăturat, sub formă tabelară, un document care sintetizează** proiectele în care expertul propus pentru poziția de Manager de proiect a prestat activități similare și în raport de care se impunea acordarea punctajului corespunzător prevăzut in documentația de atribuire, numărul recomandărilor existente și al documentelor prezentate fiind chiar superior numărului de șapte contracte necesare pentru dobândirea punctajului maxim. Apreciem tabelul ca fiind sugestiv pentru traseabilitatea argumentelor invocate în privința expertului Petros Katsias, acesta conținând și o indicare exactă a locației în care se află, efectiv, documentele probatorii deja depuse.

A.4 **Minim 8 proiecte corespund cerințelor din documentația de atribuire**

[29] Dintre cele 11 proiecte indicate în CV, care demonstrează experiența specifică a Managerului de proiect, Autoritatea contractantă s-a limitat la a puncta numai 3 sau 4 dintre acestea; nici Comunicarea privind rezultatul Procedurii, nici Raportul procedurii nu sunt apte să ofere informațiile necesare pentru identificarea proiectelor depunctate și a motivelor avute în vedere în

[20] **Decizia CNSC** publicată în BO nr. 0976 din 2013.
[21] A se vedea **Anexa nr. 4 - Tabel comparativ.**

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

acest sens de către Autoritatea contractantă. Acestea sunt:

1 **"Proiectare și execuție Autostrada Sebeș – Turda, lot 2: km 17+000 – 41+250"** (proiect desfășurat în perioada 11.2014 – 04.2019)[22]. Pentru acest proiect, Intrakat a depus Adresa nr. 6793/02.02.2015 emisă de către CNADNR[23] (beneficiarul lucrărilor executate) și Scrisoarea Asocierii Aktor nr. 0133/20.02.2015.

2 **"Completarea centurii rutiere a Mun. București prin construirea sectorului nou pe 4 benzi de circulație între DN1A si DN7**, proiect desfășurat în perioada 12.2007 – 12.2012[24]. Pentru acest proiect, Intrakat a depus Certificate de experiență emise de către CNADNR[25].

3 **"Proiectare si Executie a lucrărilor de reabilitare și modernizare a DN 18 – Baia Mare – Sighetul Marmatiei – Contract 6R11"**[26], proiect desfășurat în perioada 07.2011 – 12.2015. Intrakat a depus Certificate de experiență nr. 36745 si 36746 din 21.06.2016 emise de către CNADNR[27].

4 **"Reabilitarea DN6 Secțiunea Domasnea – Caransebeș km 408+895 – km 449+960, inclusiv varianta de ocolire Domasnea"**[28], proiect desfășurat în perioada 09.2008 – 12.2011. Pentru acest proiect, Intrakat a depus Scrisoarea JV DIWI/Ramboll/iC Consulente cuprinzând Proces verbal nr. 33 lot 4 și Organigrama contractorului Pantechniki SA (PSA)[29].

5 **"Reabilitarea DN 17, limita de județ Bistrița Năsăud/Suceava – Iacobeni km 116+000 – km 155+000"**[30], proiect desfășurat în perioada 01.2005 – 12.2008. Intrakat a depus Recomandarea din 6 iulie 2019 emisă de către Egis Route[31].

6 **"Trecerea autostrăzii PAthE prin zona urbană Katerini"**[32], proiect desfășurat în perioada 07.2001 – 12.2003. Intrakat a depus Adeverința nr. ThS/FKTh 06/98966/29.05.2009 emisă de Ministerul Mediului, Amenajării Teritoriului și Lucrărilor publice, Secretariatul general pentru Lucrări publice EYDE – Autostrada PAThE[33].

7 **"Proiectare si executie Lasithi – Creta"**, proiect desfășurat în perioada iun 2000 – dec 2001; proiectul este menționat la poziția 8 în CV-ul expertului.

8 **"Soseaua de Centura Attiki, segmentul Metamorfosi - Kymi"**, proiect desfășurat în perioada iul 1995 – an 1998; proiectul este menționat la poziția 10 în CV-ul expertului.

[30] Coroborând informațiile din cuprinsul documentelor justificative cu cele din CV-ul expertului rezultă că activitățile prestate de către expertul Petros Katsias, în toate proiectele menționate mai sus, sunt similare poziției de coordonator de proiect (conducerea și coordonarea contractului pentru lucrările proiectului); în plus, alte trei proiecte ale aceluiași expert sunt nominalizate, în completarea celor opt mai sus identificate, pentru a fi luate în considerare la evaluarea acestui factor, situație pe care Autoritatea contractantă a omis-o fără a adresa, măcar, o singură clarificare ofertantului, fără a motiva în vreun fel decizia de punctare parțială a proiectelor

[22] Proiectul este menționat la poziția 1 în cadrul CV-ului expertului, Propunerea tehnică partea 4/5, pag 785.
[23] Documentul se regăsește în Propunerea tehnică partea 4/5, pag 790 – 793.
[24] Proiectul este menționat la poziția 2 în cadrul CV-ului expertului, Propunerea tehnică partea 4/5, pag 785.
[25] Documentele se regăsesc în Propunerea tehnică partea 4/5, pag 794 și 795.
[26] Proiectul este menționat la poziția 3 în cadrul CV-ului expertului, Propunerea tehnică partea 4/5, pag 785.
[27] Documentele se regăsesc în Propunerea tehnică, partea 4/5, pag 797, 798.
[28] Proiectul este menționat la poziția 4 în cadrul CV-ului expertului, Propunerea tehnică partea 4/5, pag 785.
[29] Documentele se regăsesc în Propunerea tehnică, partea 4/5 pag 799, partea 5/5 pag 800, 801.
[30] Proiectul este menționat la poziția 5 în cadrul CV-ului expertului, Propunerea tehnică partea 4/5, pag 785.
[31] Documentele se regăsesc în Propunerea tehnică, partea 5/5, pag 802
[32] Proiectul este menționat la poziția 6 în cadrul CV-ului expertului, Propunerea tehnică partea 4/5, pag 784.
[33] Documentele se regăsesc în Propunerea tehnică, partea 5/5, pag 803, 804, 805.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

prezentate, subscrisa aflându-se în prezent în situația de a nu putea cunoaște motivele conduitei efectiv întreprinse de către Autoritatea contractantă.

A.5 **Autoritatea contractantă a preferat să respingă parte dintre proiectele expertului în pofida obligației de a fi clarificat ofertantul**

[31] Autoritatea contractantă a determinat incorect punctajul ofertei Intrakat deoarece documentele justificative depuse în cadrul propunerii tehnice demonstrează, în mod neechivoc, experiența specifică a expertului în mai mult de 7 proiecte similare, impunându-se acordarea punctajului maxim de 7 puncte. În ceea ce privește proiectele depunctate, Autoritatea contractantă avea obligația de a transmite anterior măcar o solicitare de clarificare și, respectiv, de a justifica motivat și fundamentat decizia de a nu fi luat în considerare unele dintre acestea.

[32] În speță, nefiind cunoscute considerentele pentru care Autoritatea contractantă a depunctat parte dintre proiectele Managerului de proiect, nu ne rămâne decât să încercăm să deducem care ar fi aceste motive avute în vedere de către Autoritatea contractantă. În acest sens, formulăm următoarele observații:

- faptul că parte dintre documentele relevante depuse în cadrul proiectului București sunt în limba engleză nu ar trebui să constituie un argument pentru respingerea proiectului, autorității revenindu-i obligație de a clarifica acest aspect; o decizie de respingere fundamentată pe un astfel de motiv contravine flagrant dispozițiilor și principiilor incidente, subscrisa deținând, desigur, și versiuni în limba română ale documentelor aferente, posibil a fi fost prezentate în urma unei clarificări uzual adresate în astfel de situații;
- nici împrejurarea că unele documente relevante sunt emise de către inginer nu poate fi de natură să conducă la respingerea proiectelor; Inginerul este personal al beneficiarului lucrărilor executate, fiind astfel îndeplinită cerința din FDA;
- parte dintre documentele depuse sunt emise de către CNAIR, deci de către însăși Autoritatea contractantă; CNAIR avea, așadar, toate documentele și informațiile necesare care atestau experiența similară a expertului dobândită în cadrul proiectelor pentru care au fost prezentate documente justificative emise de către același CNAIR;
- coroborând informațiile din cuprinsul documentelor justificative cu cele din CV-ul expertului rezultă că activitățile prestate de către expertul Petros Katsias, în toate proiectele indicate in CV-ul său sunt specifice poziției de coordonator de proiect iar proiectele în sine sunt, la rândul lor, similare celui din actuala Procedură de atribuire; toate și fiecare dintre proiectele expertului respectă pe deplin cerințele impuse prin documentația de atribuire. Cu toate acestea, o parte dintre proiecte au fost depunctate în condițiile în care Autoritatea contractantă a omis să își îndeplinească obligația de a solicita clarificări care ar fi permis subscrisei să clarifice situația expertului.
- Obligația autorității contractante de a solicita clarificări este consacrată atât legislativ[34] cât și la nivelul jurisprudenței instanțelor naționale și europene, scopul acestora fiind acela de a permite autorității să se edifice asupra aspectelor declarate de către ofertanți; preferința autorităților

[34] A se vedea Art. 209 din Legea nr. 98 / 2016:

(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.
(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

contractante de a elimina ofertanți fără o prealabilă edificare a autorității în privința aspectelor conținute deja în documentația de ofertă depusă a fost constant sancționată, ala cum se impune a se proceda și în speță, sens în care indicăm, exemplificativ, următoarele repere:

- *"Potrivit art. 11 alin. 3 din H.G. nr. 925/2006 în cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate,* ***autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauza cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens.*** *Se reține că* ***autoritatea contractantă a procedat corect în temeiul acestor prevederi la verificarea veridicității ofertei*** *dar nu a finalizat verificarea pentru a se clarifica cu certitudine care dintre cele două documente contradictorii reflectă situația reală."*[35] *(subl. ns.)*

- *„Interesul oricărei/ autorități contractante este de a se edifica asupra* ***situației reale privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor de calificare sau specificațiilor tehnice prin solicitări de clarificări temeinice și nu de a căuta motive formale de respingere a ofertelor.*** *În consecință, în aprecierea Consiliului, potrivit prevederilor legislative anterior menționate și potrivit principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică,* ***autoritățile contractante au obligația ca prin solicitări de clarificări să se asigure asupra îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor de calificare sau asupra îndeplinirii/neîndeplinirii specificațiilor tehnice de către operatorii economici participanți la procedură și să accepte toate documentele relevante care pot determina o decizie corectă"***[36]*. (subl. ns.)*

- *„Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că aprofundarea motivelor anterior enunțate devine obligatorie pentru autoritatea contractantă, în condițiile în care, pe de-o parte, conform art. 78 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 „Comisia de evaluare stabilește care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor. Comunicarea transmisă în acest sens către ofertant trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare", iar, pe de altă parte,* ***orice decizie a autorității contractante privind admiterea/respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a acesteia, autoritatea contractantă fiind nevoită să deducă respectarea cerinței în cauză pe baze absolut subiective.*** *În opinia Consiliului, concluzia de mai sus este în consonanță și cu practica instanțelor Uniunii Europene, respectiv Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, care, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 56 si 57 a statuat că* ***„este contrar principiului bunei administrări ca o oferta să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului tratamentului egal*** *(a se vedea în acest sen Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002 Tideland Signal/ Comisia, T211/02 Rec., p.II-3781, punctele 37 si 38).* ***Mai mult principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite înțelegându-se că în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite*** *(Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții c-157/96, pct 60).* ***Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o oferta ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză să solicite precizări candidatului vizat mai degrabă decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei***

[35] **Decizia civilă nr. 2012** din 14 martie 2014, pronunțată de Curtea de Apel București

[36] **Decizie CNSC**, a se vedea următorul link:
http://portal.cnsc.ro/sivadoc/download.aspx?docUID=MmQ5MmFjNDQtOWZlOSooNDgxLTlhMTctODE2MWE2OTQ5YWEo&pdfa1=ZmFsc2U=&filename=Qk8yMDE3XzI5NzAucGRm&action=aW5saW5l

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

acestuia (a se vedea in acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43)".[37] *(subl. ns.)*

- *"(...) **Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligenta atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. In cazul in care termenii unei oferte si circumstanțele cunoscute de către autoritate indica faptul ca ambiguitatea are probabil o explicație simplă si este aparent ușor de rezolvat, in principiu, este contrara, cerințelor de buna administrare pentru o comisie de evaluare sa respingă o oferta fără a exercita puterea de a solicita clarificări.** Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții risca sa fie afectata de o eroare vădita de apreciere din partea instituției in exercitarea acestei puteri".*[38] *(subl. ns.)*

Autoritatea contractantă a preferat să respingă nemotivat parte dintre proiectele propuse pentru expertul Petros Katsias; o solicitare de clarificări ar fi fost în măsură să clarifice Autoritatea asupra faptului că proiecte indicate sunt apte să probeze experiența similară a expertului, conducând la acordarea punctajului maxim. Expertul deține experiența necesară solicitată prin documentația de atribuire care ar fi justificat acordarea unui punctaj maxim.

Autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității care impune ca actele autorităților publice să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, prin aceasta înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare pentru operatorul economic, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

B **Modalitatea de evaluare a ofertei China este greșită. În privința acestui ofertant erau incidente cazuri de excludere datorate unor situații care nu au fost nici măcar clarificate**

[33] Oferta depusă de către China se impunea a fi (i) **exclusă,** urmare a abaterilor grave săvârșite de către China și a declarațiilor false în DUAE în acest sens, (ii) **respinsă**, urmare a faptului că este denaturată concurența și (iii) **respinsă**, urmare a declarării unui subcontractor care nu are capacitatea de a realiza obiectul contractului, aspect care nu a fost clarificat de către Autoritatea contractantă.

B.1 **Abaterile grave comise de către China și incidența art. 167 alin. 1 lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016**

[34] Ofertantul China a săvârșit abateri profesionale grave care îi afectează reputația profesională. Reevaluarea ofertei China și stabilirea obligației CNAIR de a verifica incidența în speță a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016 se impune în considerarea următoarelor argumente:

(a) **Dispozițiile legale incidente și jurisprudența relevantă denotă caracterul obligatoriu al măsurii excluderii ofertantului China,** sens în care indicăm următoarele repere legislative și jurisprudențiale relevante:

- **Dispoziții legale relevante:**
  - **Art. 167 alin. (1), lit. c) și lit. h) și alin. (3) din Legea 98/2016:**

*„(1) **Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire** a contractului de achiziție*

[37] **Decizie CNSC** este disponibilă accesând: http://213.177.0.78/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_2174.pdf
[38] A se vedea Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, pct. 37.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

publică/acordului-cadru ***orice operator economic care*** *se află în oricare dintre următoarele situații: (...)*

c) ***a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea,*** *iar autoritatea contractantă* ***poate demonstra acest lucru prin*** *orice* ***mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești*** *sau a unei autorități administrative; (...)*

h) ***operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare*** *și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate; (...)*

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

- **Art. 169 din Legea 98/2016:**

*„****Autoritatea contractantă exclude un operator economic*** ***<u>în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință</u>*** *că* ***operatorul economic se află,*** *având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii,* ***în una dintre situațiile prevăzute la*** *art. 164, 165 și* ***167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.*** *" (subl. ns.).*

- **Art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea 98/2016:**

„În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, ***situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:*** *(...)*

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, ***a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.*** *" (subl. ns.)*

- **Art. 215 alin. (5) și alin. (6) din Legea 98/2016:**

„(5) ***Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției,*** *a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută.*

(6) ***Solicitarea de participare este considerată neadecvată în situația în care candidatul se află în una dintre situațiile de excludere prevăzute la art.*** *164, 165 și* ***167*** *sau nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite de autoritatea contractantă." (subl. ns.)*

- **Art. 57 alin. (4) lit. c) din Directiva 2014/24/UE:**

„(4) ***Autoritățile contractante pot exclude*** *sau statele membre le pot solicita acestora să excludă* ***de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic*** *aflat în oricare din următoarele situații: (...)*

c) ***dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că*** *operatorul economic* ***se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;*** (subl. ns.).

- **Art. 57 alin (5) para 2 din Directiva 2014/24/UE:**

"În orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă *sau statele membre le pot solicita să excludă* ***un operator economic în cazul în care se constată că operatorul***

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Dräghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

***economic se află**, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, **în una dintre situațiile menționate la alineatul (4).**"* (subl. ns.)

- **Referințe jurisprudențiale relevante:**
  - **Art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016:**

a. *„17. (...) În ceea ce privește motivele de excludere, potrivit art. 167 alin. (1) lit. c) din lege, **autoritatea contractantă**, având în vedere o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative, **exclude** **din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea.** În înțelesul legii [art. 167 alin. (3) din lege], **abatere profesională gravă reprezintă orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia,** cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, **săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.** Din conținutul normativ al art. 167 alin. (1) lit. c) și al art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, Curtea reține că, indiferent de înțelesul dat de lege, **abaterea profesională gravă trebuie stabilită în mod definitiv de o instanță de judecată sau de o autoritate administrativă competentă în domeniul respectiv**. Așadar, în ambele ipoteze, operatorul economic va fi exclus din procedura de achiziție numai în temeiul unei hotărâri judecătorești, respectiv al unei decizii emise de o autoritate administrativă."*[39] *(subl. ns.)*

b. *„Totodată, s-a reținut că, contrar susținerilor petentei, pentru ca autoritatea contractantă să poată exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică un operator economic despre care a luat cunoștință că a comis abateri grave, de natura celor care îi afectează reputația profesională și, prin urmare, îi pune în discuție integritatea, în aplicarea disp. art. 167 alin. 1 din Legea ne. 98/2016, **nu se impune pronunțarea de către instanța de judecată a unei hotărâri definitive, prin care se dispune măsura interdicției de a participa direct sau indirect la procedurile de achiziție publică pe o anumită perioadă. Demonstrarea săvârșirii unor abateri profesionale grave** de către ofertant, de natura celor care duc la excluderea din procedura de atribuire, **poate fi făcută prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi și decizia unei instanțe,** chiar și una împotriva căreia s-a exercitat calea de atac a apelului, în aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016, excluderea din procedură nefiind condiționată de existența unei hotărâri definitive a instanței de judecată, așa cum se impune în situațiile reglementate de art. 164 din lege."*[40] *(subl. ns.)*

c. *"Astfel, din conținutul textelor legale prezentate, rezultă că **ofertantul este obligat să aducă la cunoștința autorității contractante orice potențial motiv de excludere, chiar dacă acesta se încadrează numai în aparență la situațiile prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. c** si g, având posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, în temeiul art. 171 din lege (...).*

*În acest sens instanța menționează și că **prin completarea DUAE si prin aducerea la cunoștință a unei situații aparente ofertantul nu se auto-exclude din procedură, iar acesta nu are dreptul de a aprecia în mod unilateral și subiectiv dacă situația în care s-a aflat într-un contract** de achiziții publice, contract de achiziții sectoriale sau contract de concesiune încheiat anterior **corespunde gradului de gravitate a încălcării obligațiilor principale**, respectiv ce alte sancțiuni aplicate sunt „comparabile" cu „încetarea anticipată a respectivului contract" sau „plata de daune-interese", astfel ca nu se poate reține că în mod nejustificat autoritatea contractanta a dat eficiență*

[39] **Decizia nr. 738 din 20 noiembrie 2018**, pronunțată de Curtea Constituțională a României.
[40] **Decizia nr. 2444 din 17 august 2017** pronunțată de Curtea de Apel Cluj.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

prevederilor art. 167 alin. 1 lit. h din legea nr. 98/2016 într-o atare situație în care reclamanta nu a făcut niciun fel de mențiune cu privire la astfel de situații ivite în cursul derulării contractelor sale de achiziție publica încheiate anterior chiar cu actuala autoritate contractantă.

*De asemenea, **cât privește susținerea potrivit căreia autoritatea contractantă nu ar fi putut decide excluderea ofertei reclamantei în această fază a procedurii**, ci doar după solicitarea și depunerea de documente justificative și dovezi pentru demonstrarea credibilității prin raportare la motivele de excludere, **instanța reține incidența în cauză a dispozițiilor art. 169 din Legea nr. 98/2016**, potrivit cărora: „Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire in care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire ".*

*Prin urmare, **nu era necesar a se ajunge în următoarea etapă a procedurii pentru a se decide astfel, ci acest beneficiu se putea invoca doar în situația în care astfel de informații erau prezentate în mod corect și complet în DUAE de către reclamantă**, astfel că instanța nu poate retine ca întemeiata susținerea potrivit căreia autoritatea contractanta nu ar fi acționat legal, din punct de vedere procedural, atunci când a decis excluderea ofertei reclamantei din faza de analiza a DUAE."*[41] *(subl. ns.).*

d. *„Indiferent de aprecierea proprie a acesteia cu privire la legalitatea măsurii de reziliere a contractului sau a certificatului constatator, **intimata-intervenientă avea obligația clară de a declara existența acestor acte și de a-și asuma ca atare posibilitatea de a fi exclusă din procedură, inclusiv de a urma proceduri judiciare în cadrul cărora să fie analizată relevanța acestor acte. O asemenea soluție este impusă inclusiv de principiul tratamentului egal (...).***

Din această perspectivă,** Curtea achiesează la argumentele recurentei în sensul că, o **interpretarea contrară, ar lipsi de conținut dispozițiile care reglementează DUAE și efectele pe care acesta le are în procedura de achiziție."[42] *(subl. ns.).*

e. *"Consiliul reține că autoritatea contractantă și-a argumentat decizia (așa cum rezultă din adresa nr. ...../..... transmisă societății) astfel: Prin prezenta vă facem cunoscut faptul că în urma evaluării ofertei depuse de dumneavoastră, în SEAP, la procedura de atribuire a contractului având ca obiect „Serviciul de salubrizare privind activitatea de dezinsecție, dezinfecție și deratizare în .....", aceasta a fost stabilită ca fiind inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 137, alin. (2), lit. b) din HG 395/2016.*

***Motivul pentru care s-a luat această decizie rezultă din faptul că nu ați bifat în cadrul DUAE depus - Partea III „Motive de excludere" - C:** „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale" răspunsul la întrebarea „Operatorul economic a încheiat acorduri cu alți operatori economici care au ca obiect denaturarea concurenței? "*

*Comisia de evaluare a ofertelor a constatat faptul că DUAE-ul depus de dvs. conține **inadvertențe de fond**, (informațiile din această secțiune nu apar în alte secțiuni din DUAE sau din alte documente depuse) în legătură cu care nu pot fi solicitate clarificări. **Astfel, oferta dvs. este stabilită ca fiind inacceptabilă datorită faptului că nu ați completat DUAE în conformitate cu criteriile Autorității Contractante privind motivele de excludere.** Conform „Notificării ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale", „inadvertențele de fond" care duc la respingerea ofertei tară posibilitatea de a solicita clarificări, reprezintă „acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea*

[41] **Sentința civila nr. 1539 din 13 martie 2018**, pronunțată de Tribunalul București.
[42] **Decizie nr. 1492 din 04 septembrie 2018**, pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

*cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției", **ori dvs. ați omis să completați în cadrul DUAE** - Partea III „Motive de excludere" - C: „Motive legate de insolvență. conflict de interese sau abateri profesionale" pct. referitor la „Operatorul economic a încheiat acorduri cu alți operatori economici care au ca obiect denaturarea concurenței?". Având în vedere cele de mai sus, în baza informațiilor cuprinse în DUAE, comisia de evaluare a constatat faptul **că nu îndepliniți cerințele de calificare referitoare la motivele de excludere, stabilite în documentația de atribuire (...).***

*Observând că societatea contestatoare **nu a completat formularul DUAE**, la partea III: „Motive de excludere" – C: „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale", respectiv nu a completat întrebarea referitoare la „Operatorul economic a încheiat acorduri cu alți operatori economici care au ca obiect denaturarea concurenței?", **autoritatea contractantă a făcut aplicarea art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.** Așadar, ofertantul a ales să nu completeze toate rubricile din cuprinsul formularului DUAE. **Încercarea contestatoarei de a justifica lipsa sa de diligență în completarea DUAE prin faptul că se află în prezența unei inadvertențe de formă și astfel se impunea ca autoritatea contractantă să facă aplicarea art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, nu va fi reținută de Consiliu, având în vedere recomandările Agenției Naționale a Achizițiilor Publice, înscrise în Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale** (și de care se prevalează însăși SC ..... SRL), potrivit cărora pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat. **Or, în prezenta speță, nu ne aflăm într-o astfel de situație, informațiile pe care ofertantul a ales să nu le completeze, contrar susținerilor acestuia, nu sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE (...).***

*Consiliul aduce în discuție și prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora, în cazul în care o ofertă a fost depusă de un ofertant care **nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă, respectiva ofertă este considerată inacceptabilă.** În condițiile în care societatea ofertantă avea cunoștință despre rigorile fixate de organizatoare, chiar în cuprinsul fișei de date publicată în SEAP la ....., de conținutul formularului DUAE publicat la aceeași dată, pe care nu le-a contestat, aceasta **nu are decât a-și imputa propriei lipse de diligență consecințele negative pe care este ținută să le suporte.** Totodată, Consiliul ține să sublinieze că respingerea ofertei nu s-a datorat faptului că ofertantul s-ar fi aflat în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, ci necompletării corespunzătoare a DUAE conform celor stabilite de legiuitor la art. 193 alin. (1) ante citat. Pentru cele de mai sus, Consiliul va achiesa la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de inacceptabilitate a ofertei SC ..... SRL și va respinge ca nefondată contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....."*[43] *(subl. ns.).*

- **Art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016:**

a. *„Motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. h constituie o sancțiune pentru o neregularitate procedurală, **intervenită în cadrul procedurii de achiziție publică în curs de desfășurare,** ce are ca scop garantarea includerii de informații corecte, complete, veridice, actualizate și valabile (atribute ce rezultă expres din lege) în scopul verificării absenței oricărui motiv de excludere, inclusiv a celor prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. c si g. (...).*

[43] **Decizia CNSC**, a se vedea:
http://portal.cnsc.ro/sivadoc/download.aspx?docUID=MjIlZmQ5ZDEtMGYoNiooNDkyLWI1NjItNzVkMzU1NWQ3MDgy&pdfa1=ZmFsc2U=&filename=Qk8yMDE3XzU4NDAucGRm&action=aWSsaWsl

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drághiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

Legea nu folosește vocabula <u>false</u> *din construcția lingvistică* ***<u>declarații false</u>, cu înțelesul penal al expresiei,*** *ci are un sens mai larg, cel general-lingviști,* ***desemnând practic <u>orice declarație care nu este conformă cu realitatea</u>, adică orice declarație care poate fi pusă în conexiune cu circumstanțe ce ar putea să necesite, în raport cu răspunsul dat, interpretări, completări, confruntări, verificări, clarificări, justificări etc.***

În aceste condiții, ***ofertantul este obligat să aducă la cunoștința autorității contractante nu numai orice motiv de excludere pe care îl cunoaște, ci și orice motiv potențial de excludere, <u>fie el real sau aparent</u>.***"[44] *(subl. ns.).*

b. *„Curtea constată că (X) SRL se află în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin 1 lit. h din Legea nr. 98/2016 care se referă la împrejurarea că operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate, prin nedepunerea la momentul completării DUAE a celor două certificate constatatoare negative.*

Curtea reține că ofertanții aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres, în cuprinsul DUAE, respectiv cu privire la situația de încetare anticipată a contractelor derulate anterior de către aceștia, indiferent de motivul care a stat la baza rezilierii acestor contracte, *autoritatea contractantă fiind cea care stabilește dacă anumite situații de reziliere a contractelor încheiate anterior sunt relevante sau nu și dacă este necesară clarificarea acestora în scopul verificării dacă se circumscriu situațiilor de excludere din procedură prevăzute de art. 167 alin. 1 din Legea nr. 98/2016."[45] (subl. ns.).*

- **Art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016:**

a. *"Cât privește* ***înțelesul abaterii profesionale grave,*** *Consiliul constată că la art. 167 alin. (3) din același act normativ, legiuitorul a explicat că aceasta reprezintă „orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă." Astfel, contrar susținerilor contestatoarei,* ***orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația sa profesională este considerată abatere profesională,*** *enumerarea dată de legiuitor în continuare nefiind exhaustivă, aspect care rezidă din folosirea sintagmei „cum ar fi".*

În același sens este reținută și definiția „abaterii profesionale" regăsită la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 conform căreia „a) abatere profesională - orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului economic în cauză, cum ar fi încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșite cu intenție sau din culpă gravă, inclusiv încălcări ale normelor de deontologie în sensul strict al profesiei căreia îi aparține acest operator", și în această situație, folosirea sintagmei „cum ar fi" conducând la concluzia că enumerarea legiuitorului nu este limitativă, putând exista și alte situații în care comportamentul operatorului economic pune sub semnul întrebării credibilitatea sa profesională. Astfel, ***gravele abateri profesionale acoperă toate comportamentele culpabile care au impact asupra credibilității profesionale a operatorului economic, autoritatea contractanta având posibilitatea de a dovedi abaterea profesionala prin „orice mijloc de probă adecvat",*** *(art. 167 alin. (1) lit. c) anterior citat)* ***de unde se poate***

[44] **Decizie nr. 4211 din 08 august 2018,** pronunțată de Curtea de Apel București.
[45] **Decizia nr. 1564 din 27 noiembrie 2019,** pronunțată de Curtea de Apel Ploiești.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drághiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

interpreta că până și punerea în mișcare și trimiterea în judecată reprezintă un astfel de mijloc de probă." [46] *(subl. ns.).*

- **Art. 57 din Directiva 2014/24/UE:**

a. *„36. Mai întâi, potrivit articolului 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24, statele membre stabilesc perioada maximă de excludere dacă operatorul economic nu ia niciuna dintre măsurile prevăzute la articolul 57 alineatul (6) din această directivă pentru a-și demonstra fiabilitatea, iar, în cazul în care perioada de excludere nu a fost stabilită prin hotărâre definitivă, această durată nu trebuie să depășească trei ani de la data evenimentului relevant, în cazurile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) din directiva menționată (...).*

41. În consecință, ***perioada de excludere trebuie calculată începând nu de la participarea la încălcare, ci de la data la care comportamentul a făcut obiectul unei constatări a încălcării de către autoritatea competentă****.*

42. Rezultă că trebuie să se răspundă la a treia și la a patra întrebare că articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci ***când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective."*** [47] *(subl. ns.).*

b. *"48. Trebuie să se adauge că, potrivit articolului 45 alineatul (2) primul paragraf litera (g) din Directiva 2004/18,* ***un ofertant poate fi exclus dacă s-a făcut grav vinovat de declarații false, dar și în cazul în care nu furnizează informațiile solicitate*** *în temeiul secțiunii 2 din capitolul VII din titlul II din această directivă,* ***și anume informațiile referitoare la criteriile calitative de selecție.*** *Astfel, faptul de a nu informa autoritatea contractantă cu privire la acte sancționabile penal ale fostului administrator poate fi de asemenea un element care să permită excluderea, în temeiul acestei dispoziții, a unui ofertant de la participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice (...).*

51. În ceea ce privește principiul egalității de tratament, este suficient, în aceste împrejurări, să se observe că, ținând seama de obiectivul acestei reglementări care urmărește să protejeze integritatea procedurii de achiziții publice, situația unei întreprinderi ofertante al cărei administrator a săvârșit o faptă care aduce atingere eticii profesionale a acestei întreprinderi sau o abatere profesională gravă nu poate fi considerată comparabilă cu cea a unei întreprinderi ofertante al cărei administrator nu s-a făcut vinovat de astfel de fapte." [48] *(subl. ns.).*

c. *„72. În consecință,* ***pentru a sancționa un operator economic care a prezentat declarații false prin excluderea sa de la participarea la un contract de achiziții publice, autoritatea contractantă nu are obligația****, contrar celor sugerate în special de guvernul polonez și de Comisia Europeană,* ***să dovedească existența unei abateri intenționate săvârșite de acest operator economic*** *(...).*

Articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, care permite excluderea unui operator economic de la participarea la un contract de achiziții publice printre altele dacă s-a făcut „grav vinovat" de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă, ***trebuie interpretat în sensul că poate fi aplicat atunci când operatorul în cauză s-a făcut***

[46] **Decizie CNSC,** a se vedea:
http://portal.cnsc.ro/sivadoc/download.aspx?docUID=NDNjMzRiYmYtOWQ5MiooZmQ4LThmMzYtNmI1ZmJkMGVmNjca&pdfa1=ZmEsc2U=&filename=Qk8yMDE3XzU1NzYucGRm&action=aW5saW5i
[47] **Decizia CJUE din 24 octombrie 2018,** pronunțată în Cauza C-124/17.
[48] **Decizia CJUE din 20 decembrie 2017,** pronunțată în Cauza C-178/16.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

***răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere**, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice, **independent de constatarea unei abateri intenționate în sarcina acestui operator.**"*[49] *(subl. ns.).*

d. *„28 În al doilea rând, (...) **din textul dispoziției respective rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora le-a fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice**. 29 În al treilea rând, **posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.**"*[50] *(subl. ns.)*

e. *„34. În plus, **revine CNAIR sarcina să aprecieze dacă, prin neinformarea sa cu privire la rezilierea contractului nr. 1, ATE nr. 2 nu cumva a adoptat un comportament prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24**. Astfel, după cum a arătat în esență domnul avocat general la punctul 53 din concluziile sale, **această dispoziție cuprinde atât un comportament activ, precum o falsificare, cât și o omisiune, din moment ce comunicarea de informații false este, în aceeași măsură ca disimularea unor informații adevărate, susceptibilă să aibă un impact asupra deciziei luate de autoritatea contractantă.***

*36. În speță, **întrucât rezilierea contractului nr. 1 a fost constatată în mod formal, revenea ATE nr. 2, în temeiul cerințelor de transparență și de loialitate, sarcina de a informa autoritatea contractantă cu privire la situația sa. Astfel, aceasta ar fi trebuit să furnizeze de la bun început toate informațiile** susceptibile să probeze caracterul eronat al calificării drept subcontractare, astfel încât nu și a încălcat obligațiile în cadrul contractului nr. 1 sau că lipsa obținerii autorizației din partea autorității contractante în cadrul contractului de achiziții publice anterior nu constituia decât o neregulă minoră. **Astfel de precizări ar fi putut fi menționate în special în formularul standard pentru documentul european de achiziție unic, anexat la Regulamentul de punere în aplicare 2016/7.** Astfel, partea III din acest formular, care este consacrată „Motivelor de excludere", cuprinde o secțiune C referitoare la „Motive legate de insolvabilitate, conflicte de interese sau abateri profesionale". **Or, în cadrul acestei secțiuni C, candidații trebuie să răspundă printre altele la întrebarea dacă sunt vinovați de o abatere profesională gravă și sunt invitați, în cazul unui răspuns afirmativ, să ofere precizări.**"*[51] *(subl. ns.)*

(b) **<u>China a săvârșit o abatere profesională gravă care a determinat aplicarea sancțiunii excluderii de către Banca Mondială;</u>** sunt îndeplinite în speță toate condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit c) din Legea nr. 98 / 2016:

- <u>Ofertantul China a fost sancționat pentru practici financiare incorecte, fiind inclus pe lista de excluderi a Băncii Mondiale</u>. În cursul anului 2019, ofertantul China a fost sancționat prin aplicarea măsurii interzicerii temporare de a mai participa în proiectele finanțate de către Banca Mondială (en. "Conditional non-debarment"), iar acest fapt este demonstrat de către subscrisa prin înscrisurile anexate care reprezintă mijloace de probă adecvate[52] în sensul art. 167 alin. (1) lit c) din Legea nr. 98/2016.

---

[49] **Decizia CJUE din 4 mai 2017**, pronunțată în Cauza C-378/14.
[50] **Decizia CJUE din 19 iunie 2019**, pronunțată în cauza C-41/18.
[51] **Decizia CJUE din 03.10.2019**, pronunțată în C-267/18:
[52] **Anexa nr. 5** - A se vedea extrasele din mass – media care atestă publicitatea sancțiunilor aplicate de către Banca Mondială, precum și documentul oficial emis de Banca mondială care face referire la entitățile sancționate și sancțiunile dispuse: *https://economictimes.indiatimes.com/news/international/business/world-bank-bans-chinese-companies-again-for-financial-crimes/articleshow/70797062.cms*

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

- Ofertantul China se face vinovat de săvârșirea culpabilă a unor abateri profesionale constând în exercitarea unor practici financiare incorecte în cadrul procedurilor de achiziție vizând proiectul *"East-West Highway Corridor Improvement Project' in Georgia"*, fapt care a condus la includerea sa temporară pe lista de excluderi a Băncii Mondiale. Sancțiunea aplicată a fost rezultatul încheierii unei tranzacții între compania sancționată și Banca Mondială (en. "Settlement Agreement"), ceea ce presupune, în mod automat, o recunoaștere a vinovăției cu care au fost săvârșite faptele constatate și sancționate de către Banca Mondială.

- Faptele săvârșite de către ofertantul China se înscriu în spera noțiunii de "abatere profesională gravă" în sensul art. 167, alin. (3) din Legea nr. 98 / 2016 deoarece produc un impact semnificativ asupra integrității și reputației profesionale a operatorului economic, inclusiv prin prisma faptului că vizează aspecte financiare ale procedurii de achiziție în legătură cu care au fost constatate.

- **abaterea profesională gravă a fost săvârșită, fapt ce poate fi dovedit prin prezentarea unor mijloace de probă adecvate menționate supra**. Dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 stabilesc faptul că se va dispune măsura excluderii dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ două condiții, respectiv: (a) operatorul economic să fi comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea[53]; și (b) abaterea să poată fi dovedită prin orice mijloc de probă considerat adecvat[54]. În acest sens, în mod exemplificativ au fost indicate hotărârile judecătorești definitive sau deciziile unei autorități administrative; în speță, aceste condiții sunt îndeplinite întocmai;

- **abaterea profesională gravă reprezintă orice abatere care afectează reputația profesională a operatorului economic**[55], fără a se face distincția privind modul în care aceasta a fost constatată. Dispozițiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 definesc explicit noțiunea de abatere profesională gravă ca fiind *„**orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia**, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, **săvârșită cu intenție sau din culpă gravă**."* (subl. ns.). Concret, abaterea profesională gravă rezultă din comportamentul operatorului economic care denotă o intenție sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa, fapta fiind recunoscută, sancționată și certă la momentul participării acestuia în actuala Procedură de atribuire[56].

(c) **China se află și în intervalul de trei ani subsecvenți sancțiunilor aplicate prin deciziile menționate în secțiunile prezentate supra;** și din perspectiva dispozițiilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 sunt întrunite condițiile de excludere având în vedere că:

---

[53] **Hotărârea CJUE (Camera a zecea) din data de 18 decembrie 2014**(*) pronunțată în cauza C-470/13:

*„35. În această privință, Curtea a statuat deja că **noțiunea „abatere profesională"**, în sensul acestei din urmă dispoziții, **acoperă orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului în cauză**, (...)."* (subl. ns.).

[54] **Hotărârea CJUE din 20 decembrie 2017** pronunțată în cauza C-178/16:

*„46 (...) **autoritatea contractantă poate justifica „prin orice mijloace" o astfel de abatere gravă.** 47 În acest scop, **o decizie cu caracter jurisdicțional, chiar dacă nu a rămas încă definitivă, poate, în funcție de obiectul acestei decizii, să furnizeze autorității contractante un mijloc adecvat pentru a justifica existența unei abateri profesionale grave**, (...)." (subl. ns.)*

[55] Aspect, de altfel, confirmat prin **Decizia nr. 738/2018 a Curții Constituționale** a României prin care s-a reținut expres că:

*„abatere profesională gravă reprezintă **orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență** de tip cartel **care vizează trucarea licitațiilor** sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă."* (subl. ns.);

[56] **Hotărârea CJUE (Camera a treia) din data de 13 decembrie 2012**(*) pronunțată în cauza C-465/11:

*„30 Cu toate acestea, **noțiunea „abatere gravă" trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa.** (...)*
*31 În plus, constatarea existenței unei „abateri grave" necesită, în principiu, **efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.**"* (subl. ns.);

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Dràghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

(a) ofertantul China a comis fapte constituind nereguli în materia achizițiilor publice astfel cum s-a constatat prin Decizia Băncii Mondiale aplicate în anul 2019, situație de natură a atrage ea însăși incidența excluderii în cei trei ani ulteriori comiterii abaterilor profesionale grave astfel confirmate;

(b) **termenul de trei ani prevăzut de dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 nu este împlinit în prezent** având în vedere că, **(i)** Decizia Băncii Mondiale a fost emisă în anul 2019, iar **(ii)** prin Decizia CJUE din 24 octombrie 2018, pronunțată în Cauza C-124/17[57] s-a statuat că durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data deciziei prin care s-a dispus sancționarea comiterii abaterilor profesionale grave.

Prin urmare, în reevaluare, se impune excluderea China din Procedura de atribuire potrivit art. 171 alin. (5) lit. b) raportat la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016. China se află, în prezent, în intervalul de trei ani ulteriori săvârșirii abaterilor profesionale grave și constatate, astfel cum acestea sunt definite la art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, întrucât:

- **Fapta constatată definitiv de către Banca Mondială, în 2019, este expres recunoscută de către China;**
- **În raport de perioada comiterii abaterilor profesionale grave, cât și în raport de data constatării acestora prin hotărâre judecătorească definitivă/tranzacție, la momentul soluționării prezentei cereri ne aflăm în interiorul perioadei reglementate de art. 171 alin. (5) lit. b) pentru incidența obligatorie a cazurilor de excludere timp de trei ani;**
- **Practica operatorului economic de a eluda obligațiile legale de transparență și loialitate prin informarea corectă, completă și onestă a autorităților contractante în fața cărora a continuat să depună DUAE, fără a preciza absolut nimic despre comiterea abaterilor profesionale grave, este ea însăși de natură a genera excluderea obligatorie din prezenta Procedură de atribuire.**

(d) **China a furnizat declarații false în DUAE, fiind îndeplinite și toate condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98 / 2016:**

- China se face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise Autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere, fiind, așadar incident și motivul de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016; dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 stabilesc în mod clar că operatorul economic are obligația de a informa legal, complet și onest Autoritatea contractantă privind absolut toate motivele de excludere, nici măcar o derogare nefiind, așadar, permisă; ofertanții au obligația de sinceritate în raport de Autoritatea contractantă atât la momentul completării DUAE cât și ulterior, în măsura în care apar modificări față de informațiile deja furnizate;
- Ofertantul China avea obligația legală de a face cunoscut faptul includerii sale în sistemul de sancțiuni al Băncii Mondiale, în relația cu Autoritatea contractantă, prin completarea informațiilor relevante în cadrul secțiunilor din DUAE referitoare la motivele de excludere[58], ceea ce nu s-a întâmplat în speță; din analiza procesului verbal de evaluare DUAE din data de

[57] **Decizia CJUE din 24 octombrie 2018, pronunțată în Cauza C-124/17:**

„42. Rezultă că trebuie să se răspundă la a treia și la a patra întrebare că articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci ***când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective****." (subl. ns.).*

[58] A se vedea Art. 167 alin. (1) lit h) din Legea nr. 98/ 2016.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

19.12.2019[59] rezultă fără echivoc faptul că ofertantul China a declarat că nu se află sub incidența vreunuia dintre motivele de excludere, completând "NU" în secțiunile corespunzătoare din DUAE;

- Așadar, declarațiile oferite de către ofertantul China prin completarea DUAE contrazic flagrant realitatea faptică; astfel cum am arătat mai sus, documente necontestate atestă săvârșirea unor abateri profesionale grave care afectează reputația profesională a China și care, sub nicio formă, nu trebuiau omise la momentul completării DUAE. Examenul jurisprudențial a demonstrat că ofertantului îi incumbă obligația de a aduce la cunoștința autorității contractante nu numai orice motiv de excludere pe care îl cunoaște, ci și orice motiv potențial de excludere, fie el real sau aparent[60].
- Nu ofertantul este în măsură să decidă asupra încadrării sau nu a situației în care se regăsește în vreunul dintre motivele de excludere reglementate de legislația achizițiilor publice. Această prerogativă revine Autorității contractante care, însă, nu o poate exercita corect decât în măsura în care declarațiile oferite de către ofertant, la momentul completării DUAE, corespund realității, ceea ce nu a fost cazul în speță; analiza modului de completare a DUAE relevă faptul că ofertantul China nu a declarat că a fost subiectul unor sancțiuni aplicate de către Banca Mondială în legătură cu proceduri de achiziție publică finanțate de către acest for, după cum nu formulat nicio declarație cu privire la abaterile profesionale astfel constatate iar această omisiune a împiedicat Autoritatea contractantă să efectueze o evaluare completă și corectă a ofertei China, ceea ce se impune a fi remediat prin reevaluare.
- Dat fiind că ofertantul China nu a informat Autoritatea contractantă despre incidența situației de excludere în care se află ci, dimpotrivă, în DUAE depus în Procedura de atribuire a prezentat informații false care au denaturat realitatea faptică, devin incidente și art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, impunându-se excluderea China din procedură.
- Informațiile din DUAE depus de către China conțin inadvertențe de fond respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, fiind incidente dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016; pentru aceste considerente apreciem că, în reevaluare, se impune respingerea ofertei China ca fiind inacceptabilă datorită faptului că ofertantul nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile Autorității Contractante privind motivele de excludere[61].

Sintetizând argumentele invocate supra, în reevaluare, se impune excluderea ofertei China întrucât:

- **China a săvârșit abateri profesionale grave constând în practici financiare incorecte, în legătură cu proiecte de achiziții publice finanțate de către Banca Mondială, care au determinat includerea sa pe lista neagră a Băncii Mondiale; mai mult, ofertantul a**

[59] A se vedea punctul 3 din Procesul verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 20/1615/19.12.2019, pagina 80/160 a documentului.

[60] A se vedea în acest sens **Decizia nr. 4211 din 08 august 2018**, pronunțată de Curtea de Apel București.

[61] În conformitate cu Notificarea ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică / sectorială:

b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE.
*Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: "Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției". **Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției. (subl. ns.)***

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

recunoscut faptele imputate, sancțiunile fiind aplicate ca efect al unei tranzacții încheiate cu Banca Mondială;

- **Abaterile profesionale săvârșite afectează iremediabil reputația profesională a ofertantului;**
- **China a furnizat declarații false în DUAE, omițând intenționat să declare că a fost sancționată de către Banca Mondială; aceste "omisiuni" au caracterul unor inadvertențe de fond în raport cu care nu există posibilitatea Autorității de a solicita clarificări.**

B.2 **Având în vedere că ofertantul China provine dintr-o țară non-UE, oferta trebuie evaluată conform recomandărilor Comisiei Europene nr. C(2019) 5494 coroborate cu dispozițiile din legislația comunitară și națională incidente, asigurându-se respectarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării; evaluarea realizată în mod diferit conduce la o denaturare a concurenței**

[35] Ofertantul China este o companie cu capital majoritar deținut de către statul chinez[62], beneficiind de ajutoare de stat din partea statului chinez, aspect care este de natură să conducă la denaturarea concurenței pe piață deoarece, în actuala procedură, ajung să concureze entități private și statul chinez, după cum vom detalia în continuare. Mai mult, având în vedere naționalitatea ofertantului, este de așteptat ca furnizorii de materii prime să fie tot din statul chinez, aspect pe care Autoritatea contractantă se impunea să îl clarifice în etapa de evaluare a ofertei, având în vedere argumentele pe care le vom detalia în continuare.

[36] Prezenta secțiune are rolul de a prezenta detaliat dispozițiile legale (naționale și comunitare) necesar a fi fost respectate în procesul de evaluare a ofertei China. Solicităm Consiliului să dispună reevaluarea cu luarea în considerare a dispozițiilor mai jos enunțate, respectiv:

---

[62] În acest sens, linkurile:

- https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2020/0422/2020042200769.pdf - Raportul anual 2019 CRCC
- http://cr14g.crcc.cn/col/col2613/index.html - Despre CRCC14 - China Railway 14th Group
- http://www.pbc.gov.cn/en/3688066/3688080/index.html - Banca Centrala a Chinei - Banca Populara Chineza
- http://www.adbc.com.cn/en/n1060/n1066/index.html - Agricultural Development Bank of China - Policy Bank - sub Banca Centrala
- http://english.eximbank.gov.cn/Profile/AboutTB/Introduction/ The Export-Import Bank of China - Policy Bank - sub Banca Centrala
- http://www.cdb.com.cn/English/gykh_512/khjj/ - China Development Bank - Policy Bank - sub Banca Centrala
- https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2020/0428/2020042801944.pdf- Industrial and Commercial Bank - pag. 4
- https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2020/0428/2020042802989.pdf - Postal Savings Bank of China Co., Ltd. - pag. 4
- https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2020/0428/2020042800694.pdf - Bank of Communications Co., Ltd. - pag. 4
- https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2020/0428/2020042802544.pdf - AGRICULTURAL BANK OF CHINA LIMITED - pag. 4
- https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2020/0429/2020042902244.pdf - BANK OF CHINA LIMITED - pag. 4
- https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2020/0428/2020042803095.pdf - CHINA CONSTRUCTION BANK CORPORATION
- http://en.sasac.gov.cn/2019/05/21/c_1579.htm - CRCC14 este sub administrarea guvernului chinez prin State-owned Asset Supervision and Administration Commission of State Council
- http://en.sasac.gov.cn/n_688_4.htm - CRCC administrata de State-owned Asset Supervision and Administration Commission of State Council
- http://en.sasac.gov.cn/2018/07/17/c_7.htm - State-owned Asset Supervision and Administration Commission of State Council executa mandatele de la Partidul Comunist Chinez
- http://www.crssg.com/col/col2613/index.html.

Anexa nr. 6 – Extrase de pe site-urile oficiale ale companiei China Railway si bancilor de stat de la care compania a făcut credite.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Dräghiescu St
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

(a) **Dispoziții legale relevante**

a. **Legea nr. 98/2016**

Art. 167 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă ***exclude din procedura de atribuire*** *a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] d)* ***autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză*** *(...)"* (subl. ns.);

Art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016:

„Oferta este considerată ***neconformă*** *dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de* ***înțelegeri anticoncurențiale*** *sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută."* **(subl. ns.);**

b. **H.G. nr. 395/2016**

Art. 1 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016:

„Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau ***denaturarea concurenței****."* (subl. ns.);

Art. 137 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016:

„În condițiile art. 215 alin. *(5) din Lege, oferta este considerată* ***neconformă*** *în următoarele situații: (...) c) conține în cadrul propunerii financiare* ***prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe*** *și care nu pot fi justificate; (...)"* (subl. ns.);

c. **TFUE**

Art. 107 alin. (1) din TFUE:

„(1) Cu excepția derogărilor prevăzute de tratate, ***sunt incompatibile*** *cu piața internă* ***ajutoarele acordate de state sau prin intermediul resurselor de stat, sub orice formă, care denaturează sau amenință să denatureze concurența prin favorizarea anumitor întreprinderi sau a producerii anumitor bunuri, în măsura în care acestea afectează schimburile comerciale dintre statele membre****."* (subl. ns.)

d. **Directiva nr. 24/2014**

Pct. (7) din preambulul Directivei nr. 24/2014:

„În cele din urmă, ar trebui să se reamintească faptul că prezenta directivă nu aduce atingere libertății autorităților naționale, regionale și locale de a defini, în conformitate cu dreptul Uniunii, serviciile de interes economic general, domeniul de aplicare al acestora și caracteristicile serviciului care trebuie furnizat, inclusiv eventualele condiții referitoare la calitatea serviciului, în vederea urmăririi obiectivelor lor de politică publică. De asemenea, prezenta directivă nu ar trebui să aducă atingere competenței autorităților naționale, regionale și locale de a furniza, contracta și finanța servicii de interes economic general în conformitate cu articolul 14 din TFUE și cu Protocolul nr. 26 privind serviciile de interes general anexat la TFUE și la Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE). În plus, ***prezenta directivă nu are drept obiect finanțarea serviciilor de interes economic general sau schemele de ajutor oferit de statele membre în special în domeniul social, în conformitate cu normele Uniunii privind concurența****."* (subl. ns.);

Articolul 35 Licitații electronice din Directiva nr. 24/2014:

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

„(5) Înainte de lansarea unei licitații electronice, autoritățile contractante efectuează o primă evaluare integrală a ofertelor, conform criteriului sau criteriilor de atribuire și ponderilor stabilite ale acestora. O ofertă este considerată admisibilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu a fost exclus în conformitate cu articolul 57 și care îndeplinește criteriile de selecție și a cărui ofertă este conformă cu specificațiile tehnice, fără a fi neconformă sau inacceptabilă sau inadecvată. În special, ofertele care nu respectă documentele achiziției, care au fost primite cu întârziere, care prezintă semne de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau care au fost considerate de autoritatea contractantă ca fiind anormal de scăzute, se consideră neconforme. În special ofertele prezentate de către ofertanții care nu au calificările necesare și ofertele al căror preț depășește bugetul autorității contractante, astfel cum a fost stabilit și documentat înainte de lansarea procedurii de achiziții publice, se consideră inacceptabile." (subl. ns.);

Articolul 69 [Oferte anormal de scăzute] din Directiva nr. 24/2014:

„(1) ***Autoritățile contractante solicită operatorilor economici să explice prețul sau costurile propuse în ofertă, în cazul în care ofertele par a fi anormal de scăzute în raport cu*** *lucrările,* ***produsele*** *sau serviciile* ***respective.***

(2) ***Clarificările menționate la alineatul (1) se pot referi în mod concret la:***

(a) aspectele economice ale procesului de producție, ale prestării serviciilor sau ale metodei de construcție;

(b) soluțiile tehnice adoptate sau condițiile excepțional de favorabile de care dispune ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor, sau pentru execuția lucrărilor;

(c) originalitatea lucrărilor, a produselor sau a serviciilor propuse de ofertant;

(d) respectarea obligațiilor menționate la articolul 18 alineatul (2);

(e) respectarea obligațiilor menționate la articolul 71;

(f) ***posibilitatea ca ofertantul să obțină un ajutor de stat.***

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile furnizate prin consultarea ofertantului. ***Ea poate respinge oferta numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod satisfăcător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse****, ținând seama de elementele menționate la alineatul (2). Autoritățile contractante resping oferta atunci când constată că aceasta este anormal de scăzută deoarece nu respectă obligațiile aplicabile menționate la articolul 18 alineatul (2).*

(4) ***În cazul în care o autoritate contractantă stabilește că o ofertă este anormal de scăzută pentru că ofertantul a obținut un ajutor de stat, oferta poate fi respinsă doar din acest motiv numai după consultarea ofertantului,*** *dacă acesta nu este în măsură să demonstreze, într-un termen suficient stabilit de autoritatea contractantă,* ***că ajutorul în cauză este compatibil cu piața internă în sensul articolului 107 din TFUE.*** *Autoritatea contractantă care respinge o ofertă în aceste circumstanțe aduce acest lucru la cunoștința Comisiei.*

(5) Statele membre pun la dispoziția altor state membre, la cerere, prin cooperare administrativă, orice informații de care dispun, cum ar fi legi, regulamente, contracte colective de muncă universal aplicabile sau standarde tehnice naționale, referitoare la dovezile și documentele prezentate în legătură cu elementele menționate la alineatul (2)." (subl. ns.)

e. **Comunicarea Comisiei UE**[63]

[63] Pentru o analiză aprofundată, depunem alăturat, integral, textul Comunicării Comisiei din care am redat, în extras, paragrafele considerate relevante.

Fax +40 214 109 389
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitii-consult.ro

„Ofertanții, bunurile și serviciile din țările terțe nu intră întotdeauna sub incidența unor standarde de mediu, sociale sau de muncă similare sau echivalente cu cele aplicabile operatorilor economici din UE. În mod similar, ***ofertanții din țări terțe nu sunt supuși în mod obligatoriu unor norme stricte privind ajutoarele de stat similare cu cele aplicabile în UE. Acest lucru poate dezavantaja ofertanții, bunurile și serviciile din UE. Este necesar să se aplice normele UE privind achizițiile publice, astfel încât să se asigure că standarde și cerințe similare sau echivalente se aplică ofertanților din UE și din țările terțe.*** *" (subl. ns.);*

„Statele membre sunt libere să stabilească norme sau metode naționale care să fie utilizate pentru ***identificarea ofertelor suspectate a fi anormal de scăzute****, cu condiția ca aceste norme să fie obiective și nediscriminatorii*[64]*. Acestea* ***pot aplica metode aritmetice, pe baza unei evaluări a abaterii unei oferte de la prețul mediu al tuturor ofertelor***[65]*, sau de la valoarea achiziției estimată de cumpărătorul public. O metodă valabilă poate consta, de asemenea, în referirea la* ***diferența dintre prima și cea de a doua cea mai scăzută ofertă****. Aceste norme pot include* ***praguri procentuale specifice care trebuie aplicate pentru identificarea ofertelor anormal de scăzute****. În cazul în care legislația națională nu a stabilit o metodă,* ***cumpărătorii publici pot stabili ei înșiși metode transparente și nediscriminatorii. Ofertele pot părea anormal de scăzute în raport cu oricare dintre parametrii relevanți și cu criteriile de atribuire****. Acest lucru se poate întâmpla, de exemplu, dacă raportul dintre calitatea oferită și preț este suspect. În cazul în care un* ***cumpărător public primește o ofertă suspectată a fi anormal de scăzută, acesta are obligația legală de a solicita operatorului economic în cauză o explicație a prețului oferit***[66]*. Cumpărătorul public nu poate respinge o ofertă fără a oferi operatorului economic ocazia de a explica și justifica prețul. Acest lucru se aplică și metodelor aritmetice utilizate pentru identificarea ofertelor suspecte. Astfel de metode nu permit respingerea imediată fără investigație."* (subl. ns.);

„Pentru a putea evalua explicațiile furnizate de ofertant, cumpărătorii publici ar trebui să solicite ***toate detaliile pe care le consideră adecvate***[67]*. În special, jurisprudența impune cumpărătorilor publici* ***să solicite în scris informații cu privire la elementele ofertei suspectate de anomalii,*** *care au generat îndoieli din partea cumpărătorului public în cazul respectiv*[68]*"(subl. ns.);*

„Cumpărătorii publici sunt, de asemenea, încurajați[69] *să cerceteze dacă oferta respectă obligațiile aplicabile în domeniul mediului, social și al muncii instituite prin dreptul Uniunii, prin dreptul național, prin acorduri colective sau prin dispozițiile internaționale de drept în domeniul mediului, social și al muncii enumerate în anexa X*[70]*.* ***Aceste obligații se aplică în mod direct, indiferent de includerea acestora în documentele de licitație.***

Explicațiile solicitate din partea ofertantului se pot referi și la practici comerciale potențial neloiale, precum existența subvențiilor străine sau a dumpingului care denaturează piața internă. La cercetarea practicilor comerciale neloiale, cumpărătorii publici ar trebui să acorde o atenție deosebită ofertelor care prezintă bunuri sau servicii din țări terțe ale căror prețuri și costuri pot fi denaturate printr-o finanțare garantată de stat. *Existența unui sprijin financiar din partea unui stat străin ar putea face parte din evaluarea globală a viabilității ofertei."* (subl. ns.);

„În conformitate cu articolul 69 alineatul (3) din Directiva 2014/24/UE, cumpărătorii publici

[64] În acest sens, se poate vedea și punctul 68 din hotărârea pronunțată în cauzele conexate C-285/99 și C-286/99, *Impresa Lombardini SpA*.
[65] O astfel de comparație „relativă" (care include toate ofertele depuse) poate fi preferabilă în cazul în care numărul de oferte primite este suficient, deoarece o astfel de comparație ar putea să reflecte cel mai bine condițiile pieței.
[66] CJUE, cauzele conexate C-285/99 și C-286/99, punctele 43 și 73.
[67] CJUE, cauzele conexate C-285/99 și C-286/99, punctele 43 și 55.
[68] CJUE, cauzele conexate C-285/99 și C-286/99, punctul 51.
[69] Articolul 69 alineatul (2) litera (d) și articolul 69 alineatul (3).
[70] Articolul 18 alineatul (2) din Directiva 2014/24/UE.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

sunt obligați să respingă o ofertă în cazul în care stabilesc că prețul sau costurile anormal de scăzut(e) oferit(e) rezultă din nerespectarea de către ofertant a legislației Uniunii *sau a legislației naționale obligatorii, a acordurilor colective sau a prevederilor internaționale din domeniul social, al muncii sau al mediului [articolul 18 alineatul (2) din Directiva 2014/24/UE coroborat cu anexa X la directivă – a se vedea deja mai sus la secțiunea 2]." (subl. ns.).*

(b) **Situațiile constând în încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării reprezintă o preocupare constantă la nivelul Uniunii Europene**

- **Situația importatorilor de produse subvenționate de statul chinez creează grave dezechilibre pe Piața Unică și distorsionează concurența**

[37] Situația importurilor care beneficiază de subvenții din partea statului chinez a fost intens și îndelung dezbătută la nivelul Uniunii Europene (UE). S-a considerat că UE ar trebui să urmărească în continuare condiții mai echilibrate și reciproce în relațiile sale economice cu China. Achizițiile publice, care reprezintă o cotă de aproximativ 14 % din produsul intern brut al UE, reprezintă un element important în această privință, întrucât nu puține sunt cazurile în care întreprinderile din UE sunt discriminate în favoarea întreprinderilor din China care beneficiază de subvenții, acordate în condiții diferite de cele aplicabile în UE.

[38] Astfel, Comisia s-a angajat, împreună cu Statele Membre, să realizeze o prezentare generală a punerii în aplicare a cadrului actual în vederea identificării deficiențelor existente în relația UE - China. Orice lacună identificată în acest exercițiu va fi evaluată în detaliu, în special prin prisma **eventualelor lacune care împiedică crearea unor condiții de concurență echitabile între societățile din UE și cele din afara UE care participă la procedurile de licitație**[71].

[39] În prezent, obiectivul UE[72] în domeniul instrumentelor de apărare comercială este ca, prin măsuri antidumping și antisubvenție, să se remedieze distorsiunile pieței UE generate de practicile neloiale ale unor exportatori din state terțe, practici precum dumping și subvenționarea exporturilor, iar prin măsuri de salvgardare să se remedieze deteriorarea serioasă a situației producătorilor europeni.

[40] Regulile europene cu privire la protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale UE se bazează, în prezent, pe Acordul Organizației Mondiale a Comerțului (OMC), acord care permite Statelor Membre să întreprindă acțiuni pentru remedierea practicilor comerciale neloiale. Cu titlu de exemplu, Comisia Europeană[73] a impus măsuri compensatorii definitive pentru importurile de sticlă solară aplicabile la nivelul net al prețului, aplicate înainte de vămuire, pentru a împiedica agravarea prejudiciului cauzat industriei din UE de către importurile subvenționate de China. Ca urmare a investigației desfășurate împotriva importului de sticlă solară care beneficiază de subvenții din partea statului chinez, Comisia Europeană a considerat necesară impunerea unor măsuri compensatorii definitive egale cu cea mai mică valoare dintre marja de subvenție și marja de prejudiciu ca urmare a creșterii în mod substanțial a importurilor subvenționate, existența unor presiuni semnificative asupra prețurilor și eforturile UE de a a-și reduce costurile de producție și de a practica prețuri similare sticlei solare importate.

---

[71] A se vedea Comunicarea Comisiei - Orientări privind accesul ofertanților și al bunurilor din țările terțe pe piața achizițiilor publice din UE, p.3
https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/RO/C-2019-5494-F1-RO-MAIN-PART-1.PDF

[72] A se vedea Regulamentul 1036/2016 din din 8 iunie 2016 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unui **dumping** din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene; Regulamentul Consiliului nr. 1037/2016 din 8 iunie 2016 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor **subvenții** din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene;

[73] A se vedea https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0471&from=EN

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

[41] Pe de altă parte, UE și China au adoptat strategia comună pentru cooperare[74] care, printre altele, are ca scop creșterea schimburilor cu privire la politica achizițiilor publice pentru accelerarea procesului de aderare a Chinei la Acordul Organizației Mondiale a Comerțului (OMC)[75] referitor la achizițiile publice internaționale. Având în vedere strategia comună, părțile trebuie să asigure un mediu comercial bazat pe egalitatea de tratament și pe beneficii corecte, mutuale și echilibrate.

[42] În continuare, pe baza acestei strategii comune și până la identificarea în detaliu a deficiențelor existente pe piața din UE cauzate de relaționarea dificilă cu China în anumite situații, Comisia Europeană a emis *Comunicarea comună către Parlamentul european, Consiliul european și Consiliu UE-China – o perspectivă strategică*, care evidențiază acțiunile pe care UE trebuie să le întreprindă în concordanță cu Strategia comună dintre Europa și China, cu protejarea intereselor economice ale UE și cu dezvoltarea unor raporturi comerciale reciproce. Această comunicare vine ca urmare a practicilor întreprinse de statul chinez: *"China își păstrează pieţele interne pentru întreprinderile sale campioane, **protejându-le împotriva concurenței** prin deschiderea selectivă a pieței, **furnizarea de subvenții masive**, atât întreprinderilor deținute de stat, cât și celor din sectorul privat, **închiderea pieței achizițiilor publice**, precum și limitarea accesului întreprinderilor străine la programe finanțate de guvern"*[76].

- **<u>Incidența prevederilor Regulamentului UE 2016/1037 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale UE</u>**

[43] Până la adoptarea de către Comisia Europeană a unor regulamente/ orientări mai restrictive care să răspundă lacunelor care împiedică crearea unor condiții de concurență echitabile între societățile din UE și cele din afara UE în cadrul procedurilor de achiziție (astfel cum acestea vor fi identificate până la sfârșitul anului 2019), rămân incidente prevederile Regulamentului UE 2016/1037 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale UE („**Regulamentul UE 2016/1037**").

[44] Potrivit acestuia, Comisia Europeană impune taxe compensatorii (antisubvenții) companiilor din afara UE care beneficiază de subvenții din partea statelor de origine, în măsura în care companiile care activează pe piața UE suferă prejudicii (calculate conform regulilor stabilite prin Regulamentul UE 2016/1037). O taxă compensatorie[77] poate fi impusă, așadar, pentru a compensa orice subvenție acordată, direct sau indirect, la fabricarea, producția, exportul sau transportul oricărui produs a cărui punere liberă în circulație în UE cauzează un prejudiciu important adus unei industrii din UE, riscul producerii unui prejudiciu sau o întârziere semnificativă în crearea unei industrii a UE.

[45] De asemenea, conform art. 10 alin. (1) teza finală din Regulamentul 2016/1037/EU: *„În cazul în care, în absența unei plângeri, un **stat membru este în posesia unor elemente de probă suficiente referitoare la o subvenție și la un prejudiciu care rezultă din aceasta pentru industria Uniunii le comunică de îndată Comisiei.**"*

[46] În aceste condiții și având în vedere că ofertantul China este prezumat a beneficia de ajutor de stat, Autoritatea contractantă avea obligația să aplice art. 10 mai sus menționat, respectiv să sesizeze Comisia Europeană cu privire la existența unei subvenții din partea Chinei, precum și cu privire la prejudiciul suferit de celelalte părți participante la procedura de achiziție publică sau,

---

[74] Agenda strategică pentru cooperare EU-China 2020, https://eeas.europa.eu/delegations/china_en/15398/EU-China%202020%20Strategic%20Agenda%20for%20Cooperation

[75] Acordul OMC privind achizițiile publice (AAP), https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf .

[76] Comunicare comună către Parlamentul european, Consiliul european și Consiliu UE-China – o perspectivă strategică.

[77] Regulamentul Consiliului nr. 1037/2016 , art. 1, alin (1): *"O taxă compensatorie poate fi impusă pentru a compensa orice subvenție acordată, direct sau indirect, la fabricarea, producția, exportul sau transportul oricărui produs a cărui punere în liberă circulație în Uniune cauzează un prejudiciu."*

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

măcar, să clarifice această situație adresând ofertantului întrebări elocvente care să elucideze modalitatea de fundamentare a prețului și, respectiv, să clarifice situația financiară și subvențiile de care beneficiază.

[47] În situația din prezenta speță, Autoritatea contractantă nu a luat în considerare remediul prevăzut de Regulamentul 2016/1037/EU, întrucât a ignorat faptul că ofertantul China este prezumat a beneficia de subvenții din partea statului chinez, precum și faptul că participanții din UE la procedura de achiziție ar putea suferi un prejudiciu în acest context.

[48] Situația inechitabilă în care Intrakat se regăsește și care este de natură a prejudicia interesele subscrisei derivă din faptul că Intrakat **nu poate obține subvenții în condiții asemănătoare cu cele acordate de statul chinez**. Prin urmare, ne aflăm în situația în care Autoritatea contractantă comite o **încălcare a principiului egalității de tratament și a principiului nediscriminării,** în considerarea imposibilității Intrakat sau a oricărui alt operator din piața UE de a oferta în aceleași condiții financiare ca ofertantul China.

[49] Concurența la nivel de preț a fost astfel distorsionată de către Autoritatea contractantă care nu ar putea, în cazul de față, să evalueze în condiții de legalitate oferta China în măsura în care nu se confirmă (pe calea sesizării Comisiei Europene) fie că (i) în cazul China nu erau aplicabile măsuri compensatorii, fie că (ii) măsurile compensatorii au fost deja dispuse.

- **<u>Autoritatea contractantă se face vinovată de încălcarea art. 8 din Legea Concurenței nr. 21/1996</u>**

[50] Reglementările relevante aplicabile:

Art. 8 din Legea concurenței nr. 21/ 1996:

*"(1) Sunt interzise orice acțiuni sau inacțiuni ale autorităților și instituțiilor administrației publice centrale ori locale și ale entităților către care acestea își deleagă atribuțiile, care **restrâng, împiedică sau denaturează concurența**, precum: a) limitarea libertății comerțului sau autonomiei întreprinderilor, exercitate cu respectarea reglementărilor legale; b) **stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea întreprinderilor**."* (subl.ns)

Art. 2 din Legea concurenței nr. 21/ 1996:

"(1)Dispozițiile prezentei legi se aplică actelor și faptelor care restrâng, împiedică sau denaturează concurența, săvârșite de:

a)întreprinderi sau asociații de întreprinderi - persoane fizice sau juridice - de cetățenie, respectiv de naționalitate română sau străină, denumite în continuare întreprinderi;

*b)autoritățile și instituțiile administrației publice centrale sau locale, în măsura în care acestea, prin deciziile emise sau prin reglementările adoptate, **intervin în operațiuni de piață, influențând direct sau indirect concurența**, cu excepția situațiilor când asemenea măsuri sunt luate în aplicarea altor legi sau pentru apărarea unui interes public major.*

*(4)Dispozițiile prezentei legi se aplică actelor și faptelor prevăzute la alin. (1), când sunt **săvârșite pe teritoriul României**, precum și celor săvârșite **în afara teritoriului țării, atunci când produc efecte pe teritoriul României**."* (subl.ns)

Art. 52 din Legea concurenței:

***"Sunt nule de drept** orice înțelegeri sau decizii interzise prin art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și prin art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, respectiv orice angajamente, convenții ori clauze contractuale raportându-se la o practică anticoncurențială, precum și **orice acte care încalcă prevederile art. 8 din prezenta lege**."* (subl.ns)

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

[51] Modalitatea de desfășurare a procedurii a presupus următoarele fapte și acte adoptate de către Autoritatea contractantă: **(i)** autoritatea a aplicat documentația de atribuire, fără luarea în calcul a tuturor aspectelor/ reglementărilor aplicabile (i.e. a neglijat să facă aplicarea Regulamentului 2016/1037/EU cu efectele menționate mai sus); **(ii)** CNAIR nu a luat în calcul (în procesul de evaluare a ofertelor depuse) faptul că ofertantul China beneficiază de ajutor de stat din partea statului chinez; **(iii)** procedura de evaluare a CNAIR s-a bazat pe valoarea ofertată, fără a lua în calcul obligația legală de fundamentare a acestui preț și de a verifica ajutorul de stat de care beneficiază China, precum și de a verifica legalitatea acestuia.

[52] Toate aceste acțiuni ale CNAIR, în mod vădit, au condus la distorsionarea concurenței prin stabilirea de **condiții discriminatorii pentru activitatea participanților la procedura de achiziție publică**, autoritatea făcându-se vinovată de încălcarea art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea concurenței 21/1996 citat mai sus.

[53] Condițiile discriminatorii sunt reprezentate, în special, de faptul că Intrakat, la fel ca orice altă companie activă pe piața UE, respectă regulile privind ajutorul de stat aplicabile în UE, respectiv art. 107 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene („**TFUE**") și Ordonanța de Urgență nr. 77 din 3 decembrie 2014 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, în vreme ce China beneficiază de o măsură de ajutor de stat acordată în baza regulilor aplicabile în statul chinez. Nefiind supuse acelorași reguli cu privire la acordarea ajutorului de stat, rezultă, în mod evident, că cele două companii (China și Intrakat) nu se află în situații comparabile – condiție sine qua non pentru existența nediscriminării.

Sintetizând, decizia Autorității contractante este nelegală deoarece:

- **Este denaturată concurența; ofertantul China este o companie cu capital majoritar de stat care beneficiază de ajutoare de stat din partea statului chinez; Intrakat nu poate obține subvenții în condiții asemănătoare cu cele acordate de către statul chinez;**
- **Autoritatea contractantă a evaluat oferta China fără a solicita clarificări cu privire la prețul ofertat în condițiile în care îi revenea această obligație potrivit dispozițiilor Directivei nr. 24/2014; procedura de evaluare s-a bazat exclusiv pe valoarea ofertată.**
- **Aceste acțiuni ale Autorității contractante au condus la distorsionarea concurenței prin stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea participanților la procedura de achiziție publică, autoritatea făcându-se vinovată de încălcarea art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea concurenței 21/1996 citat mai sus.**

B.3 Subcontractantul Viaponte Engenharia LTDA, declarat de către China, nu poate executa lucrări în Romania

[54] Subcontractantul Viaponte Engenharia LTDA[78] este o companie cu sediul în Brazilia care, pentru a desfășura, efectiv, activitățile subcontractate va fi necesar să parcurgă, într-un interval de timp relativ redus, o serie de formalități care presupun, inter alia, mobilizarea unor resurse materiale și umane substanțiale raportat la dimensiunea proiectului, dar și alegerea unui domiciliu fiscal pe teritoriul României. Toate aceste aspecte se impuneau a fi clarificate de către Autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor, însă, aceasta a preferat să rămână în pasivitate.

[55] Cel mai probabil, în condițiile date, pentru prestarea serviciilor subcontractate de către China se

[78] **Anexa nr. 7** - Datele de identificare ale companiei Viaponte Engenharia LTDA sunt CNPJ: 12.207.566/0001-78, CIF 35224472533, sediul social în Rua Sao Bento, São Paulo, Brazilia (informațiile sunt disponibile accesând link-ul https://cnpj.rocks/?s=12.207.566%2F0001-78)

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

va apela la societatea înregistrată în România - Viaponte Rom SRL[79], care aparține grupului de firme din care face parte subcontractorul declarat de către China[80].

[56] Precizăm, însă, că societatea Viaponte Rom SRL se regăsește în situația de excludere reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98 / 2016, generată de existența unui document constatator final emis pentru asocierea din care a făcut parte, care atestă că asocierea nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, fapt care a determinat rezilierea contractului de către autoritate și aplicarea de penalități de întârziere. Incidența acestui caz de excludere în care se regăsește Viaponte Rom este reținută și confirmată de către Curtea de Apel București, prin Decizia nr. 409/2019 pronunțată în dosarul nr. 4076/2/2019[81], aspect cunoscut CNAIR care a fost implicată și în respectiva procedură de atribuire finalizată cu excluderea Viaponte Rom. Totuși, situația a fost ignorată în actuala Procedură de atribuire și, fără a i se solicita ofertantului clarificări privind evidentul context artificial creat de evitare a excluderii deja confirmate prin deciziei definitivă, oferta a fost declarată admisibilă și conformă.

[57] În contextul descris mai sus, este evident că participarea Viaponte Engenharia LTDA nu reprezintă decât o modalitate de eludare a dispozițiilor legislației achizițiilor publice cu privire la subcontractarea activităților contractului de achiziție publică. Dată fiind imposibilitatea obiectivă ca societatea Viaponte Engenharia LTDA să poată furniza serviciile subcontractate, rezultă că aceste activități vor fi, de fapt, executate de către Viaponte Rom SRL, care, însă, nu a putut fi nominalizată drept subcontractant de către China întrucât se regăsește în situația reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98 / 2016, astfel cum am menționat anterior.

[58] Prezintă relevanță și împrejurarea că relația China cu grupul de companii din care face parte Viaponte Engenharia LTDA cunoaște un istoric care nu face decât să confirme susținerile formulate de subscrisa mai sus. Astfel, China și Viaponte Rom SRL au fost membri în cadrul asocierii care a promovat demersul judiciar de contestare soluționat definitiv de către Curtea de Apel București, prin Decizia nr. 409/2019, pronunțată în dosarul nr. 4076/2/2019. Împrejurarea că situația de excludere în care se regăsește Viaponte Rom a fost confirmată de către o instanță de judecată, printr-o hotărâre cu caracter definitiv, a constituit motivul care a stat la baza deciziei China de a înlocui formal subcontractantul Viaponte Rom cu o entitate din același grup - Viaponte Engenharia LTDA, deși fiind implicată exact aceeași Autoritate contractantă (CNAIR), aceasta putea și trebuia ca măcar să clarifice situația astfel evidențiată cu ofertantul.

În concluzie, în raport de argumentele subliniate supra, oferta China se impune a fi respinsă urmare a declarării unui subcontractor, societatea Viaponte Engenharia LTDA, care nu are capacitatea profesională de a executa activitățile subcontractate; acest aspect nu a fost clarificat de către Autoritatea contractantă, fiind pe deplin incidente dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016.[82]

---

[79] Datele de identificare ale companiei Viaponte Rom SRL sunt: număr de înregistrare ONRC: J40/5528/06.04.2004, CUI 16310237, sediul social în București, sector 2, str. Arhitect Alexandru Săvulescu nr. 6 – **Anexa nr. 8** extras registrul comerțului Viaponte Rom SRL.

[80] Societatea Viaponte Engenharia LTDA și Viaponte Rom SRL aparțin aceluiași grup de companii, aspect ce rezultă din informațiile obținute de pe pagina oficială a companiei https://www.viaponte.com/en/contacts/

[81] **Anexa nr. 9** - Decizia nr. 409/2019 pronunțată în dosarul nr. 4076/2/2019 de către Curtea de Apel București.

[82] Art. 209. din Legea nr. 98 / 2016:

(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.
(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

C **Modalitatea de evaluare a ofertei Nurol este gresită**

[59] Oferta depusă de către Nurol se impunea a fi (i) **exclusă**, urmare a declarațiilor false în DUAE și (ii) **respinsă**, urmare a nerespectării de către subcontractantul Vertatel Internațional a cerințelor documentației de atribuire.

C.1 **Analiza motivelor de excludere și respingere a ofertei Nurol**

(a) **Situația de faliment în care se afla subcontractantul declarat, Verta Tel SRL, încă de la momentul depunerii ofertei de către Nurol atrage eliminarea acestui ofertant fără posibilitatea de a fi înlocuit subcontractantul**

[60] Sentința prin care a fost dispusă intrarea subcontractantului Verta Tel SRL în procedura falimentului a devenit definitivă la data de 24.09.2019, când Curtea de Apel București a respins apelul formulat în cadrul dosarul nr. 10900/3/2016/a11 împotriva sentinței prin care Tribunalul București a dispus deschiderea procedurii falimentului împotriva debitoarei Verta Tel[83]; **starea de faliment a Verta Tel S.R.L. era, așadar, preexistentă la data depunerii ofertei Nurol** (26.09.2019)[84], contrar declarațiilor formulate de către ofertant în cadrul DUAE.

[61] Nurol a depus ofertă în cadrul Procedurii de atribuire la data 26.09.2019, declarând subcontractant societatea Verta Tel SRL. Subcontractantul Verta Tel SRL este menționat în DUAE al ofertantului, în cuprinsul secțiunii A (Informații despre operatorul economic) al Părții a II-a.

[62] Din analiza DUAE al ofertantului Nurol rezultă că ofertantul a furnizat Autorității contractante declarații false în sensul că nu ar fi incident niciun motiv de excludere, bifând" NU" în secțiunile corespunzătoare din DUAE precum și inexistența falimentului, deși existența stării de faliment a subcontractorului era cunoscută de către ofertant, starea de faliment fiind confirmată cu două zile înainte de data depunerii ofertei care declară contrariul[85].

[63] **Verta Tel a completat DUAE, furnizând la rândul său declarații false, cu scopul vădit de a ascunde starea de faliment a societății și de a induce, astfel, în eroare, Autoritatea contractantă**. În acest sens, citām următoarele declarații relevante din DUAE, formulate de către Verta Tel:

> *Față de încheierea nr. 24 din 07.05.2019 pronunțată de Curtea de Apel București secția a V-a Civilă în dosarul nr. 1359/2/2019 și de decizia civilă nr. 509/2019 din 19.03.2019 pronunțată de Curtea de Apel Bucuresti Secția a V-a civilă în dosarul nr. 10900/3/2016/a10 vă solicităm să observați că efectele sentinței civile nr. 1189/2019 din 04.03.2019 pronunțată de Tribunalul București Secția a VII-a Civilă în dosarul nr. 10900/3/2016 sunt suspendate, astfel că nu produc efecte juridice. Menționăm că toată procedura de insolvență se desfășoară sub supravegherea administratorului judiciar desemnat Trust Insolvency SPRL, însă atribuțiile acestuia sunt doar de supraveghere a activității societății Verta Tel SRL, nefiind ridicat dreptul de reprezentare al administratorului statutar al societății –Tamaș Florin."*

[64] Pentru demonstrarea lipsei profunde de veridicitate a declarațiilor subcontractantului Verta Tel

[83] Tribunalul București a dispus intrarea Verta Tel în procedura falimentului prin Sentința nr. 1189/04.03.2019 pronunțată în dosarul nr. 10900/3/2016 când a respins planul de reorganizare propus de către debitoare. Soluția în dosarul nr. 10900/3/2016 este disponibilă accesând linkul http://portal.just.ro/3/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=3000000006936 23&id_inst=3

[84] Data depunerii ofertei este consemnată în cuprinsul procesului verbal de vizualizare a ofertelor nr. 13B/7835/27.09.2019 încheiat de către CNAIR. A se vedea în acest sens punctul 5, pagina 9/15.

[85] **Anexa nr. 10** – Decizia civilă nr. 1397/A/24.09.2019, publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 20598 / 30.10.2019. Soluția a fost publicată pe portalul instanțelor de judecată la data de 24.09.2019 (http://portal.just.ro/2/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=2000000003 21618&id_inst=2) :

> *"Soluția pe scurt: Respinge ca nefondate apelurile formulate de Verta Tel SRL și Inverter Green Energy SRL. Definitivă. Pronunțată azi, 24.09.2019, și pusă la dispoziția părților prin mijlocirea grefei instanței. Document: Hotarâre 1397/2019 24.09.2019"*

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

care a bifat inexistența stării de faliment deși aceasta era, deja, confirmată, la momentul depunerii ofertei, subliniem următoarele:

- **Decizia referitoare la deschiderea procedurii falimentului Verta Tel a devenit definitivă la data de 24.09.2019**; în consecință, efectul suspensiv al apelului declarat împotriva sentinței Tribunalului București a încetat la data pronunțării soluției cu privire la calea de atac, adică începând cu data de 24.09.2019 (care este, evident, anterioară datei de 26.09.2019, când au fost depuse ofertele în actuala Procedură de atribuire). Declarațiile din DUAE al subcontractantului Verta Tel, în sensul că decizia Tribunalului București, referitoare la deschiderea falimentului nu ar produce efecte, sunt total neadevărate;
- **Decizia de intrare în procedura falimentului a devenit definitivă și a început, în consecință, să producă efecte de la data de 24.09.2019**, iar nu de la data publicării deciziei Curții de Apel București în Buletinul Procedurilor de Insolvență (31.10.2019); nicio dispoziție legală nu susține contrariul și nu justifică o astfel de interpretare;
- **De la data soluționării apelului, dreptul de reprezentare al administratorului special a fost ridicat, ceea ce înseamnă că, de la aceeași dată, a încetat mandatul său de reprezentare a debitoarei Verta Tel**, atribuțiile sale fiind preluate în mod automat de către administratorul judiciar și neputând fi exercitate în mod valabil decât de către acesta din urmă; prin urmare, orice acte încheiate ulterior datei de 24.09.2019, prin administratorul special Tamaș Florin, sunt lovite de nulitate absolută; în această situație se regăsește și DUAE depus de Verta Tel împreună cu orice alte documente semnate de către administratorul special cu ocazia desemnării subcontractantului Verta Tel, ulterior datei menționate.

(b) **Subcontractantul Verta Tel nu îndeplinește cerința din FDA cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale**

[65] Din informațiile cuprinse în DUAE, rezultă că subcontractantul a bifat "NU" în subsecțiunea "Înscrierea în registrul comerțului" din cuprinsul secțiunii A (Capacitatea de a corespunde cerințelor) a Părții IV (Criterii de selecție), ceea ce echivalează cu o recunoaștere expresă a subcontractantului în sensul că nu îndeplinește cerințele din FDA referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale.

[66] FDA prevede, inter alia, obligația ca subcontractanții să îndeplinească cerințele cu privire la capacitatea de a exercita activitatea profesională. Relevante în acest sens sunt următoarele dispoziții menționate în Cap III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, secțiunea (Informatii si formalitati necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate):

> ***Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească*** *o formă de înregistrare în condițiile legii din tara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii, precum și* ***faptul că au capacitate profesionala de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.***
>
> *în vederea demonstrării îndeplinirii criteriului de capacitate de exercitare a activității profesionale, Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/Terțul susținător/ Subcontractantul va completa DUAE - Partea IV "Criteriile de selecție" - Sectiunea A "Capacitatea de a corespunde cerințelor", menționând în cadrul acesteia documentele care atestă forma de înregistrare în condițiile din tara de rezidență (de ex. Certificat Constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial).*

[67] Neîndeplinirea acestei cerințe atrage neconformitatea ofertei Nurol, impunându-se aplicarea sancțiunii respingerii ofertei. O analiză riguroasă de către Autoritatea contractantă ar fi permis identificarea neîndeplinirii cerinței din FDA, ceea ce nu s-a întâmplat în speță.

(c) **declarații false în DUAE cu privire la pretinsa stare de insolvență a Verta Tel și la capacitatea**

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

profesională a Verta Tel de a presta activitățile subcontractate

[68] Nurol a formulat declarații false la momentul completării DUAE în susținerea (i) pretinsei lipse a incidenței motivelor de excludere, deși intrarea în faliment a subcontractantului declarat Verta Tel reprezenta o certitudine la data depunerii ofertei, și (ii) a neîndeplinirii cerințelor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale a subcontractantului, declarațiile în acest sens ale Nurol fiind în vădit raport de contradicție cu cele formulate de către Verta Tel.

[69] Nurol se face vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise Autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere, fiind, așadar incident și motivul de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016; din aceeași perspectivă, Nurol a oferit informații eronate Autorității contractante care au avut o influență semnificativă asupra deciziilor acesteia, fiind așadar incident și motivul de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 167/2016. În acest sens, relevante sunt următoarele aspecte:

(c) dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 stabilesc în mod clar că operatorul economic are obligația de a informa legal, complet și onest Autoritatea contractantă privind absolut toate motivele de excludere; omisiunea declarării stării de faliment deși aceasta era definitiv confirmată anterior momentului depunerii ofertei atrage excluderea ca urmare a declarației false în DUAE;

(d) Nurol avea obligația de sinceritate față de Autoritatea contractantă atât la momentul depunerii DUAE[86], cât și ulterior, în cazul în care interveneau modificări față de informațiile deja furnizate; cu toate acesteea, Nurol nu a exprimat o poziție corectă și legală, preferând să furnizeze informații eronate, cu o vădită influență semnificativă asupra deciziilor comisiei de evaluare care a ignorat situațiile de excludere în care acesta se află;

(e) interpretarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) precum și cele ale lit. i) din Legea nr. 98/2016 nu se poate realiza decât potrivit scopului prevăzut de legiuitor, respectiv acela de a permite Autorității contractante să evalueze în mod eficient și complet informațiile divulgate de către ofertanți și să poată exclude operatorii economici care **(a)** fie au divulgat informații false în conținutul DUAE transmise Autorității contractante; **(b)** fie nu au divulgat toate informațiile solicitate; **(c)** fie nu au prezentat documentele justificative solicitate[87].

[70] Nu numai ofertantul Nurol se face vinovat de formularea unor declarații false în DUAE, în aceeași

---

[86] Astfel cum reține jurisprudența:
a. *"Completarea declarației pe propria răspundere, față de sancțiunea prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. h), trebuie să se realizeze cu **maximă sinceritate, ofertanții fiind obligați să ofere informații aferente situației lor , complete și reale** "*, Tribunalul București, Secția a II-a Contencios Administrativ, Sentința civilă nr. 1539/07.03.2018;
b. *"Completarea declarației pe proprie răspundere este considerate de legiuitor, față de sancțiunea expresă și imperativă, **un test de sinceritate**"* – Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ, Decizia nr. 4211/08.08.2018.

[87] Astfel cum reține jurisprudența:
a. *"**Completarea declarației pe propria răspundere**, față de sancțiunea prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. h), **trebuie să se realizeze cu maximă sinceritate**, ofertanții fiind obligați să ofere informații aferente situației lor , complete și reale "*, Tribunalul București, Secția a II-a Contencios Administrativ, Sentința civilă nr. 1539/07.03.2018 (subl. ns.);
b. *"**Completarea declarației pe proprie răspundere** este considerate de legiuitor, față de sancțiunea expresă și imperativă, **un test de sinceritate**"* – Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ, Decizia nr. 4211/08.08.2018 (subl. ns.).

[87] În acest sens, în jurisprudență se reține următoarele chestiuni:
a. *"**ofertantul este obligat să aducă la cunoștința autorității contractante** nu numai orice motiv de excludere pe care îl cunoaște, ci și **orice motiv potential de excludere, fie el real sau aparent.**"*- Curtea de Apel București, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 4211/08.08.2018 (subl. ns.);
b. *"Comportamentul operatorilor economic participanți la o procedură de atribuire, respective corectitudinea informațiilor pe care aceștia le prezintă autorității contractante, reprezintă elemente esențiale în aprecierea cazurilor de excludere ce vizează situația personală a acestora"* – Curtea de Apel Târgu Mureș, Decizia nr. 1492/04.09.2018.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

situație regăsindu-se și subcontractantul Verta Tel, ceea ce sugerează o acțiune concertată a celor doi operatori economici având ca scop obținerea posibilității Nurol de a beneficia de înlocuirea subcontractantului, după cum vom detalia în cele ce urmează.

[71] În conformitate cu prevederile art. 174 din Legea nr. 98 / 2016:

> *(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv.*
>
> *(2) **În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia** și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.*

[72] În speță, înlocuirea subcontractantului nu trebuia permisă în condițiile falimentului Verta Tel; existența stării de faliment, la data depunerii ofertei, atrage imposibilitatea înlocuirii subcontractantului, motiv pentru care se impunea respingerea ofertei Nurol ca neconformă, iar nu crearea unei circumstanțe artificiale de înlocuire a acestuia, declarațiile false în DUAE precum și dovada preexistenței falimentului opunându-se unei astfel de interpretări.

> **Sintetizând cele mai sus menționate, se impune:**
>
> - **reevaluarea ofertei cu dispoziția de excludere a Nurol din Procedura de atribuire fiind incidente motivele de excludere reglementate de art. 167 alin. (1) lit. h) și lit. i) din Legea nr. 98/2016; Nurol a depus declarații false, omițând să recunoască starea de faliment a subcontractantului Verta Tel preexistentă la data depunerii ofertei. Eșecul de a informa exact, corect și complet autoritatea contractantă precum și prezentarea unor informații false, de natură a induce în eroare, reprezintă în sine un caz de excludere de o gravitate maximă, apt să conducă la excluderea din actuala procedură de atribuire.**
> - **Respingerea ofertei Nurol deoarece nu îndeplinește cerințele din documentația de atribuire referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale.**

(d) **Noul subcontractant, Verta Tel Internațional, oricum nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire în ceea ce privește deținerea autorizațiilor necesare pentru lucrările pe care ar urma sa le execute**

[73] Anterior prezentării argumentelor care probează neîndeplinirea cerinței referitoare la deținerea autorizațiilor necesare, precizăm următoarele aspecte:

- înlocuirea subcontractantului Verta Tel cu Verta Tel Internațional s-a produs în luna aprilie 2020, după trecerea unui interval de mai bine de 7 luni de la data deschiderii ofertei și mai mult de 8 luni de la data la care Nurol cunoștea faptul deschiderii procedurii falimentului împotriva subcontractantului Verta Tel S.R.L. (aspect cunoscut, de altfel, încă din momentul ofertării);
- înlocuirea subcontractantului a fost amânată ca urmare a faptului că Vertatel Internațional încă nu obținuse autorizațiile necesare prestării serviciilor subcontractate; în acest sens precizăm că este suficientă o analiză formală a autorizațiilor depuse de către Vertatel Internațional pentru a constata faptul că acestea au fos obținute, în mare parte, în cursul anului 2020 (puțin anterior înlocuirii).

[74] În pofida dispozițiilor legale care obliga la excluderea de îndată a operatorului aflat în faliment,

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

respectiv a operatorului care depune declarații false în DUAE, Autoritatea contractantă a ales pentru înlocuirea subcontractantului exact momentul imediat următor obținerii, de către noua entitate, a autorizațiilor și avizelor; mai devreme (adică timp de 8 luni anterioare), CNAIR nu a sesizat nici starea de faliment, nici măcar situația de insolvență (care era, oricum, aptă să conducă la înlocuire).

[75] Cu toate acestea, Verta Tel International oricum nu a obținut (în acest interval de păsuire generos acordat) toate autorizațiile și avizele necesare executării lucrărilor ceea ce conduce la concluzia că, și dacă s-ar aprecia posibilă / legală înlocuirea intervenită în aceste condiții, noul subcontractor oricum nu probează capacitatea tehnică de realizare a lucrărilor subcontractante.

[76] Astfel cum rezultă din analiza dispozițiilor Caietului de sarcini, proiectul presupune, inter alia, executarea de lucrări la instalațiile de semnalizare feroviară provocate de construcția pasajelor pentru Autostrada de Centură București. Lucrările de semnalizare presupun identificarea cablurilor TRR și SCB afectate de lucrările de construcție a pasajelor, mutarea / protejarea cablurilor pe durata executării lucrărilor de construcție și readucerea acestora la amplasamentul inițial, ulterior executării lucrărilor.[88]

[77] Următoarele cerințe din FDA[89] sunt relevante în ceea ce privește obligația subcontractanților de a deține autorizațiile necesare desfășurării activităților subcontractate:

> *Nota 1: Toate documentele justificative care atestă capacitatea de exercitare a activității profesionale a operatorilor economici vor conține informații reale, valabile și actuale la data prezentării acestora. (...) Nota 5: Pentru subcontractanții declarați în DUAE, obiectul de activitate înscris în documentele care atestă capacitatea de exercitare a activității profesionale va fi în concordanță cu partea din contract pe care aceștia o vor realiza.*

[78] Acordului preliminar de subantrepriză încheiat între Vertatel Internațional SRL și Nurol, depus în cadrul propunerii tehnice, prevede subcontractarea următoarelor lucrări:

> *"Subantreprenorul a înaintat Antreprenorului o propunere detaliată în conformitate cu termenii, condițiile și calendarul stabilit în Documentația de atribuire (denumită în continuare "Propunerea") pentru execuția următoarelor categorii de lucrări:*
> *Execuție rețele de utilități, după cum urmează:*
> *- Rețele electrice*
> *- Iluminat*
> *- Telecomunicații*
> *- Apă*
> *- Gaz*
> *- Dotări parcări*
> *- ITS*
> *(denumite în continuare "lucrări"), **pentru care Subantreprenorul deține toate autorizațiile necesare execuției lor. (subl. ns.)***

[79] Așadar, activitățile de relocare / protejare a cablurilor CFR (TTR si SCB) au fost subcontractate. Executarea oricăror lucrări de semnalizare este condiționată de obținerea, în prealabil, a unor autorizații AFER / CFR. Potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (1) din Ordinul nr. 290/2000 emis de către Ministerul Transporturilor[90]:

---

[88] În acest sens, a se vedea secțiunile intitulate "Tipuri de lucrări cuprinse în proiect", aflate la pag. 4 și 5 din Vol. 12 al Memoriului tehnic "Lucrări cu specific feroviar la pasajele pe zona București Nord."

[89] A se vedea Cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, secțiunea "Informatii si formalitati necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate", pag 8 din FDA.

[90] Ordinul nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Dräghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

(1) În domeniul transportului feroviar și cu metroul produsele și/sau serviciile destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru a fi admise din punct de vedere tehnic, ***trebuie să fie realizate de agenți economici autorizați și supravegheați din punct de vedere tehnic, denumiți în continuare furnizori feroviari, care fac dovada omologării tehnice feroviare sau, după caz, a deținerii unui agrement tehnic feroviar pentru fiecare produs și/sau serviciu furnizat.***

[80] În raport de dispozițiile Ordinului nr. 290/2000, subcontractantul care execută lucrările în domeniul transportului feroviar și cu metroul trebuie să dețină următoarele autorizații:

- Autorizatie de furnizor feroviar pentru *"lucrări de construcții montaj, reparații și întreținere a instalațiilor SCB si TTR-Tc";*
- Agrement tehnic feroviar pentru *"lucrari de constructii - montaj si reparatii capitale a instalatiilor SCB si TTR-Tc".*

[81] Subcontractantul deține autorizație de furnizor feroviar seria AF nr. 8037/03.02.2020 emisă de către Autoritatea Feroviară Română - AFER[91] care autorizează operatorul economic exclusiv pentru executarea de lucrări la instalațiile TTR, documentul regăsindu-se la dosarul achiziției. Conform mențiunilor cuprinse în autorizația AFER, Vertatel este autorizat să presteze serviciile feroviare **în condițiile în care face dovada că deține un certificat de omologare tehnică feroviară sau, după caz, un agrement tehnic feroviar pentru fiecare produs și / sau serviciu feroviar critic furnizat**. Subcontractantul nu deține, însă, nici certificatele de omologare, nici agrementele tehnice pentru autorizatiile TRR și SCB, nici autorizația de furnizor feroviar pentru pentru executarea de lucrări la instalațiile SCB, căci, în caz contrar, aceste documente ar fi fost depuse la dosarul achiziției și menționate corespunzător în DUAE. Cu toate acestea, Autoritatea contractantă a omis să clarifice acest aspect, declarând oferta Nurol conformă, deși este evident că documentele prezentate până la acest moment nu sunt apte să probeze o capacitate reală/deplină de executare a lucrărilor subcontractate.

III INCALCAREA PRINCIPIULUI TRATAMENTULUI EGAL

A Omisiunea Autorității contractante de a fi adresat subscrisei clarificări privind propunerea tehnică a subscrisei (experți) în condițiile în care, pentru ofertantul clasat pe locul I, a așteptat obținerea unora dintre certificări înainte de a solicita înlocuirea

[82] Referitor la principiul tratamentului egal, prezintă relevanță următoarele opinii exprimate în jurisprudența instanțelor europene:

"În ceea ce privește, mai întâi, al treilea aspect al motivului menționat, referitor la o pretinsă încălcare a principiului egalității de tratament, trebuie amintit că ***acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții*** *(...)."*[92] *(subl. ns.).*

"Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (...).Acest principiu al

[91] Informația este disponibilă accesând link http://www.afer.ro/buletin/buletinarhiva-ro.html,mențiunea referitoare la autorizațiile Vertatel se regăsește la poz. 7784 din tabelul "Autorizatii de furnizor feroviar" pentru telecomunicatii (TTR).
[92] **Decizia CJUE pronunțată în cauza C-198/16 P** la data de 19 octombrie 2017.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

transparenței are ca scop, în esență, ***să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante****. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini."*[93]*(subl. ns.).*

[83] În speță, prin modalitatea de evaluare a ofertelor, Autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal. Autoritatea contractantă nu a acționat cu diligență și nu și-a îndeplinit deliberat obligația de a transmite o solicitare de clarificare subscrisei cu privire la situația expertului nominalizat pentru poziția de Manager de proiect, preferând să depuncteze o parte semnificativă dintre proiectele prezentate deși toate erau apte să demonstreze experiența similară a expertului; în schimb, în ceea ce privește oferta Nurol, Autoritatea contractantă a asteptat obținerea unora dintre certificări, de către Verta Tel Internațional, înainte de a solicita înlocuirea subcontractantului inițial nominalizat, Verta Tel, aflat deja în faliment la momentul depunerii ofertei, în pofida incidenței imediate a cazului de excludere în privința acestuia.

B **Omisiunea Autorității contractante de a fi clarificat prețul ofertat de către China este de natură să afecteze libera concurența**

[84] Autoritatea contractantă a evaluat oferta China fără a solicita clarificări cu privire la prețul ofertat în condițiile în care îi revenea această obligație potrivit dispozițiilor Directivei nr. 24/2014; procedura de evaluare s-a bazat, astfel, exclusiv pe valoarea ofertată.

[85] Aceste acțiuni ale Autorității contractante nu numai că au condus la distorsionarea concurenței prin stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea participanților la procedura de achiziție publică, astfel cum am argumentat mai sus, dar au au încălcat flagrant și principiul tratamentului egal.

C **Alte precizări relevante în contextul argumentelor anterior invocate**

[86] Principiul egalității de tratament presupune acordarea unor șanse egale ofertanților și respectarea unei conduite unitare a comisiei de evaluare; în concret, principiul nu poate fi considerat respectat câtă vreme alți ofertanți (ex: Aktor) au fost eliminați din procedura de atribuire pentru nerespectarea unor cerințe privind capacitatea de realizare a lucrărilor (descrise în caietul de sarcini – decizie menținută de către Curtea de Apel București), iar în cazul ofertantului Nurol (prin subcontractantul declarat Verta Tel) sau în cazul ofertantului China (prin subcontractantul Viaponte) nu a fost întreprinsă nicio minimă verificare a modalității efective în care aceștia pot proba ducerea la bun sfârșit a contractului în curs de atribuire. De altfel, prezentarea deficitară și incompletă de către aceștia a avizelor și autorizațiilor necesare executării efective demonstrează că, deși au înțeles și acceptat obligația de a proba această capacitate, nu se află în prezența documentației complete;

[87] După analiza punctului de vedere formulat de către Autoritate și înțelegerea mecanismului de punctare efectivă a contractelor prezentate, subscrisa va detalia considerentele invocate în contestație, urmând a prezenta și documentele presupus a fi fost omise (anticipând că astfel va motiva Autoritatea depunctarea unor proiecte); în acest moment, nu putem anticipa argumentele relevante față de lipsa unei motivări corespunzătoare oferite în documentele

[93] **Decizia CJUE pronunțată în cauza cauza T-50/05** la data de 10 martie 2010.

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drághiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

contestate.

IV CONCLUZII

[88] Rugăm Consiliul să admită contestația și să dispună reevaluarea ofertelor Intrakat, Nurol și China, cu indicația expresă a verificării stricte și riguroase a incidenței cazurilor de excludere reglementate de art. 167 alin. (1) lit. c), h) și i) în privința China și Nurol, având în vedere că:

- **Autoritatea contractantă a determinat în mod greșit punctajul ofertei Intrakat; decizia de respingere a unei părți dintre proiectele expertului nominalizat pentru poziția de Manager de proiect este netemeinică și vădit nemotivată;**
- **Oferta Nurol se impune a fi exclusă (lit. h) urmare a declarațiilor false în DUAE, depuse în mod voit și (lit i.) declarații care au avut o influență semnificativă asupra deciziilor acesteia; starea de faliment a subcontractantului inițial nominalizat atrăgea excluderea imediată, fără posibilitatea de înlocuire, situația fiind în mod fals declarată în DUAE; oricum, nici subcontractantul nou nu deține autorizațiile și agrementele tehnice necesare executării lucrărilor subcontractante;**
- **Oferta China se impune a fi exclusă urmare a săvârșirii abaterilor profesionale grave, confirmate de documentele relevante emise de către Banca Mondială (lit. c); în cazul acesteia este incidentă și situația reglementată de lit. h), urmare a declarațiilor false în DUAE, depuse în mod voit. Oferta China se impune a fi respinsă ca urmare a faptului că determină o denaturare a concurenței dar și că subcontractantul Viaponte Engenharia LTDA nu are capacitatea profesională de a executa activitățile subcontractate.**

[89] Reevaluarea solicitată Consiliului urmare a admiterii prezentei contestații reprezintă singura măsură aptă să restabilească legalitatea Procedurii de atribuire.

În drept, ne întemeiem prezenta contestație pe dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate dispozițiile legale la care am făcut referire în cuprinsul prezentului document.

Probe: înscrisurile la care ne-am referit în prezenta contestație și pe care le atașăm, conform opis-ului de mai sus, precum și înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Comunicarea către Autoritatea contractantă: în aplicarea dispozițiilor art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, menționăm că un exemplar al prezentei contestații și al înscrisurilor doveditoare a fost comunicat și către Autoritatea contractantă.

Cu deosebită considerație,

INTRACOM CONSTRUCTIONS SOCIETE ANONYME TECHNICAL AND STEEL CONSTRUCTIONS, nume distinctiv INTRAKAT

prin av. Oana Gavrilă

av. Irina Nedelcu

Uniunea Națională a Barourilor din România - BAROUL BUCUREȘTI
GAVRILĂ OANA
Cabinet de Avocat

Fax +40 214 109 889
Mobile +40 722 453 614
11 Dr. Dimitrie Drăghiescu St.
5th District, Zip Code 050578
Bucharest, Romania
oana.gavrila@achizitiiconsult.ro