POPOVICI NIȚU
STOICA & ASOCIAȚII
Societate de Avocați

Calea Dorobanți nr. 239, etaj 6, București
Sector 1, Cod 010567
România

Telefon: (0040) 21 317 79 19
Fax: (0040) 21 317 85 00 / 317 75 05

TRIBUNALUL BUCUREȘTI

SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

21 NOV 2017
Nr. 47282

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa [illegible] prin SCA Popovici Nițu Stoica & Asociații, cu sediul în București, Calea Dorobanți nr. 239, etaj 6, sector 1, tel. 021.317.79.19, fax 021.317.85.00 și e-mail: dragos.zorin@pnsa.ro, adresă la care facem alegere de sediu procesual, persoanele desemnate pentru primirea corespondenței fiind dna Paula (Mosor) Popa și dna Lucia Chirițescu,

în contradictoriu cu:

AGENȚIA DE PLĂȚI ȘI INTERVENȚIE PENTRU AGRICULTURĂ cu sediul în București, Sector 2, Bld. Carol I nr. 17, CIF 16517187, tel: 021 3054 976, fax: 021 3054 975 (**"APIA"** sau **"Autoritatea Contractantă"**),

în temeiul art. 49 din Legea nr. 101/2016[1], coroborat cu art. 8 și următoarele din același act normativ, precum și cu art. 192 și următoarele Cod proc. civ. formulăm prezenta:

CONTESTAȚIE

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

A. Anularea:

(i) Adresei nr. 7302/03.11.2017 și a măsurii - dispuse și comunicate pe calea acesteia - de respingere a ofertei subscrisei ca inacceptabilă în temeiul art. 167 alin (1) litera h) teza finală din Legea nr. 98/2016 ("Actul atacat" – Anexa nr. 1 la Contestație);

(ii) Adresei nr. 45276/09.11.2017 (Anexa nr. 2 la Contestație) prin care APIA a respins solicitările subscrisei cuprinse în Notificarea prealabilă nr. 7628/06.11.2017 (Anexa nr. 3 la Contestație) și prin care și-a explicitat motivele de respingere;

(iii) Anularea oricăror acte subsecvente Actului atacat, inclusiv, dar fără a se limita la, anularea Raportului procedurii și a comunicărilor privind rezultatul procedurii, în cazul în care asemenea acte au fost emise;

[1] Legea nr. 101/2016 *privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor* (**"Legea 101/2016"**)

B. **Obligarea APIA la reevaluarea ofertei subscrisei ca urmare a admiterii capetelor de cerere precedente;**

C. **Anularea actelor prin care APIA a declarat acceptabile ofertele Asocierii S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat) şi ale ofertantului TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA şi obligarea APIA la reevaluarea ofertelor acestora prin raportare la cazurile legale de excludere şi cu respectarea principiului tratamentului egal;**

D. **În eventualitatea în care nu s-ar mai putea dispune măsuri de remediere, vă solicităm să dispuneţi anularea procedurii de atribuire.**

În sprijinul celor de mai sus vă solicităm să aveţi în vedere următoarele:

MOTIVE:

OFICIUL POSTAL BUCURESTI.....

NOTA INVENTAR

De continutul scrisorii cu valoare nr.....

Destinatar: AGENTIA DE PLATI SI INTERVENTIE PENTRU AGRICULTURA
Localitatea Bucuresti
etaj:
sector: 2 **Bld. Carol I** **nr. 17**
ap **jud.**

Nr. obiectelor	Denumirea obiectelor	Valoarea declarata -lei-
1	Contestatie formulata impotriva procedurii de achizitie APIA + Anexe	
1	douazecilei	20
	Total lei (in litere)	20 (in cifre

Expeditor: SCA POPOVICI NITU STOICA & ASOCIATII
Localitatea: BUCURESTI
str. CAL. DOROBANTI
nr. 239 ETAJ 6
ap. **jud.**

Stampila data ezentarii

Verificat.....
(Semnatura lucratorului postal primitor)

014830 - BUCURESTI 41-Str. BUSINESS OF. 9 17 11 17 2

C.N.P.R.29-1-55 A6 T1

Cuprins

I. Sinteza aspectelor de nelegalitate contestate **5**

II. Chestiuni preliminare incidente în cauză – DUAE/cazuri de excludere/obligațiile ofertanților în legătură cu informațiile pe care trebuie să le prezinte cu ocazia completării DUAE **6**

III. Aspecte de fapt relevante **7**

3.1. Desfășurarea procedurii 7

3.2. Decizia APIA de excludere a ofertei subscrisei 9

3.3. Notificarea prealabilă. Îndeplinirea condiției prevăzute de art. 6 din Legea nr. 101/2016 10

3.4. Răspunsul Autorității Contractante la Notificarea prealabilă. Precizarea motivelor de respingere reținute prin Actul atacat. Analiză preliminară a nelegalității Actului atacat 11

IV. NELEGALITATEA ACTULUI ATACAT **16**

4.1. Autoritatea contractantă a interpretat eronat conținutul DUAE și răspunsurile subscrisei la Solicitarea de clarificări 16

4.1.1. Încadrarea celor 3 motive de fapt reținute pentru excluderea ofertei noastre în prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din legea nr. 98/2016 este netemeinică și nelegală. 16

4.1.2. Declarațiile cuprinse în DUAE sunt veridice. Subscrisa nu ne aflăm în niciun alt caz de excludere din Procedură prevăzut de lege 19

4.1.2.1. Referitor la Motivul de fapt nr. 1, nu ne aflăm nici în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. d) 19

4.1.2.2. Referitor la Motivul de fapt nr. 1, nu ne aflăm nici în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) 20

4.1.2.3. Referitor la Motivele de fapt nr. 2 și 3 24

4.1.2.3.1. Netemeinicia susținerilor APIA privind pretinsa obligație a subscrisei de a preciza în DUAE că am achitat penalitățile în valoare de 189.691,56 lei la CS 39 25

4.1.2.3.2. Netemeinicia aplicării cazului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 pe considerentul plății penalităților contractuale invocate de APIA 26

(i) Dubla condiționare impusă de litera și spiritul legii pentru cazul de excludere (desființarea anticipată a contractului și producerea de prejudicii) 26

(ii) Inexistența vreunui contract de achiziție desființat din culpa subscrisei 27

(iii) Inexistența vreunui prejudiciu – a doua condiție cumulativă. Lipsa de relevanță pentru cazul de excludere a plății/executării benevole a clauzei penale 28

(iv) Dubla condiționare impusă de principiul tratamentului egal și al nediscriminării 32

4.2. Autoritatea contractantă nu avea dreptul de a evalua declarațiile subscrisei din DUAE în această etapă a Procedurii, iar decizia sa asupra respingerii ofertei este prematură și nelegală, fiind emisă cu încălcarea dreptului nostru legitim de a ne fi recunoscute declarațiile pe proprie răspundere efectuate în DUAE 36

4.3. Procesul de evaluare este viciat de existența unui conflict de interese 39

4.4. Necesitatea anulării tuturor actelor subsecvente și reevaluării ofertelor cu respectarea principiului tratamentului egal 41
4.5. Referitor la cererea de anulare a procedurii 41

I. Sinteza aspectelor de nelegalitate contestate

[1] APIA a exclus oferta subscrisei din Procedură, susţinând că informaţiile prezentate de subscrisa în Documentul european de achizitie unic (**"DUAE"**) ar fi false.

[2] În concret, APIA susţine că subscrisa ar fi trebuit să declarăm în DUAE că ne-am afla în două cazuri de excludere din Procedură, în speţă că ar fi trebuit să recunoaştem că (a) amendarea subscrisei de către Consiliului Concurenţei în 2017 pentru o faptă din 2008, precum şi (b) plata unor penalităţi de întârziere contractuale (în cadrul unor contracte încheiate cu APIA, care au fost finalizate corespunzător) ar reprezenta cazuri de excludere din Procedură.

[3] Vom arăta în continuare că:

(a) **declaraţiile cuprinse în DUAE sunt veridice si complete, faptele fiind prezentate complet şi real. Subscrisa nu ne aflăm în niciun caz de excludere din Procedură prevăzut de lege;**

(b) împrejurarea că APIA ar avea altă interpretare a unei situaţii de fapt decât subscrisa nu afectează în niciun mod declaraţiile subscrisei, deoarece acestea au fost făcute în considerarea propriilor aprecieri şi interpretări;

(c) eventualul caracter fals nu poate viza aprecieri şi interpretări proprii ale ofertanţilor, ci eventualele documente doveditoare prezentate de ofertanţi (în acest sens, s-a exprimat inclusiv Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice);

(d) pretinsa faptă anticoncurenţială care ar fi fost comisă de subscrisa în 2008 şi care a fost sanctionată , printr-o decizie nedefinitivă, de Consiliul Concurentei în 2017 nu reprezintă caz de excludere din procedură deoarece:

(i) legislatia în vigoare în anul 2008, data săvârsirii pretinsei fapte anticoncurenţiale, nu sancţiona cu excluderea participarii la licitatii publice o asemenea faptă, în lipsa unei decizii definitive a unei instanţe de judecată;

(ii) decizia Consiliului Concurentei nu este definitivă; de alftel, nici nu fusese redactată la data depunerii ofertei în cadrul Procedurii;

(iii) au trecut trei ani de la data săvârsirii pretinsei fapte anticoncurenţiale (trei ani este termenul maxim pentru care un operator economic poate fi exclus de la proceduri de achizitii publice);

(iv) subscrisa am implementat măsuri ferme de prevenţie a unor eventuale fapte anticoncurentiale, aspect recunoscut şi de Consiliul Concurentei, ceea ce se circumscrie sferei masurilor de self-cleaning;

(e) plata de penalitati de intarziere (agreate contractual) nu reprezintă caz de excludere din procedură, în special în situaţia în care contractul respectiv a fost finalizat corespunzător şi evident fără provocarea de prejudicii (aspecte confirmate chiar de APIA);

(f) APIA a aplicat standarde diferite în evaluarea ofertelor, cu încălcarea principiului tratamentului egal: a exclus oferta subscrisei pentru că am platit penalitati de intarziere în cadrul unor contracte finalizate cu succes, dar a admis ofertele concurenţilor care, conform documentelor disponibile public, au înregistrat contracte reziliate sau care nu au fost îndeplinite corespunzator.

II. Chestiuni preliminare incidente în cauză – DUAE/cazuri de excludere/obligațiile ofertanților în legătură cu informațiile pe care trebuie să le prezinte cu ocazia completării DUAE

[4] Documentul european de achiziție unic (DUAE/DEAU) a fost adoptat, în temeiul art. 59 din Directiva nr. 2014/24 („**Directiva**"), prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 din 5 ianuarie 2016[2], cu scopul declarat de a contribui *"la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante"*.

[5] După cum rezultă din definiția prezentată de par. 2 al art. 59[3] din Directiva – DUAE reprezintă o declarație oficială pe proprie răspundere (a cărei formă este impusă de Comisie) a operatorului economic prin care declară, printre altele, dacă îndeplinește criteriile de calificare și selecție și, în consecință, **dacă se regăsește în vreun caz legal de excludere din procedură.** În acord cu primul paragraf al art. 59. alin. 1[4] din Directiva, DUAE se bucură de o prezumție relativă de veridicitate până la momentul finalizării evaluării ofertelor.

[6] Cazurile/Motivele de excludere (veritabile sancțiuni administrative constând în interdicția dreptului de a participa la proceduri de achiziție pe anumite perioade de timp determinate legal) sunt reglementate de art. 164 – 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (**„Legea nr. 98/2016**), iar la nivel comunitar de art. 57 din Directivă.

[7] Cu toate că nu există criterii legale de calificare a motivelor de excludere și înainte de a ne concentra pe acele motive care privesc prezenta cauză, pentru a focaliza atenția asupra situației de fapt relevante, arătăm că motivele pot fi calificate în:

- Motive de excludere întemeiate pe fapte anterioare care afectează generic integritatea ofertanților (care la rândul lor pot fi împărțite în fapte care au legătură cu procedura de atribuire în desfășurare și fapte fără legătură cu procedura în desfășurare)- art. 167 alin. (1) lit c) din Legea nr. 98/2016;

- Motive de excludere întemeiate pe riscul real ca ofertantul să nu ducă la bun sfârșit contractul ce formează obiectul procedurii. Acest risc este verificat tot prin conduita anterioară a ofertantului, însă – de această dată - raportat la modul în care și-a îndeplinit anterior obligațiile esențiale dintr-un contract de achiziție, verificându-se dacă ofertantul, prin fapte grave, a cauzat rezilierea/rezoluțiunea contractului și a produs prejudicii autorității contractante - art. 167 alin. (1) lit g) din Legea nr. 98/2016;

- Motive de excludere întemeiate pe declarația evident falsă a ofertantului care, deși este într-un caz de excludere, declară că nu este într-un astfel de caz sau ascunde informații relevante verificării cazurilor de excludere în scopul ascunderii cazului de excludere – art. 167 alin. (1) lit h) din Legea nr. 98/2016.

[8] Simpla lecturare a prevederilor legale ce reglementează aceste sancțiuni confirmă că fiecare caz de excludere presupune circumstanțieri, analize și încadrări juridice, proceduri de remediere/self cleaning, verificarea perioadei de aplicare a interdicției dreptului funcție de cazul în care o faptă poate fi încadrată, forme specifice de vinovăție, constatarea sau calificarea preliminară a faptelor

---

[2] Text complet disponibil aici: http://sn-seap.ro/wp-content/uploads/2016/06/Regulamentul-de-punere-in-aplicare-UE-2016-7-al-Comisiei-din-5-ianuarie-2016-de-stabilire-a-formularului-standard-pentru-documentul-european-de-achizitie-unic.pdf

[3] *"DEAU constă într-o declarație oficială a operatorului economic potrivit căreia nu se aplică motivul relevant de excludere și/sau este îndeplinit criteriul de selecție relevant"*. În același sens a se vedea art 193 din Legea nr. 98/2016 a achizițiilor publice.

[4] *"La momentul depunerii cererilor de participare sau a ofertelor, autoritățile contractante acceptă documentul european de achiziție (DEAU) constând într-o declarație pe proprie răspundere actualizată ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice...*(subl. ns.)"

prin hotărâri în faze intermediare sau definitive ale instanțelor de judecată sau ale unor organe cu atribuții administrativ jurisdicționale.

[9] Cu mici excepții aparente, **niciun motiv de excludere nu are la bază o simplă situație de fapt.** Nici nu ar putea să fie așa câtă vreme, spre deosebire de alte sancțiuni administrative precum cele contravenționale sau interdicțiile din materie penală, interdicția dreptului de a participa la procedură nu a fost anterior stabilită printr-o hotărâre judecătorească sau act administrativ reglementat.

[10] În egală măsură, deși pentru toate motivele de excludere legea stabilește perioadele limită în care este incident cazul de excludere nici legislația comunitară și cu atât mai puțin cea națională, nu prevăd proceduri administrative care să constate absolut încetarea perioadei de aplicare a cazului de excludere.

[11] Așa cum am arătat anterior, DUAE reprezintă un model standard de declarație pe proprie răspundere, aprobat și revizuibil de Comisie, în care, cu referire la existența cazurilor de excludere, **fiecare ofertant trebuie să își facă propria analiză și să răspundă cu DA sau NU dacă se află sau nu în vreunul din cazurile de excludere** preluate și enumerare în DUAE potrivit art. 57 din Directivă.

[12] Astfel, încadrarea într-un caz de excludere se evaluează în concret în fiecare procedură de atribuire de către ofertant, prin DUAE, și de către autoritatea contractantă care organizează procedura, prin actele administrative corespunzătoare.

III. Aspecte de fapt relevante

3.1. Desfășurarea procedurii

[13] Autoritatea Contractantă a inițiat Procedura de "licitație deschisă" având ca obiect atribuirea acordului cadru "*Servicii de mentenanță, extindere si dezvoltare a sistemului informatic al APIA*", publicată în SEAP în cadrul anunțului de participare cu nr. 178066/12.08.2017.

[14] Subscrisa am depus oferta în SEAP, în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor.

[15] În cadrul DUAE depus în ofertă, subscrisa am declarat că nu ne aflăm în niciuna din situațiile de excludere. Cu toate acestea, de bună credință fiind, în scop de informare și transparență, am făcut referire la o **SITUAȚIE DE FAPT** care, aparent, putea prezenta relevantă în analiza pe care Autoritatea Contractantă însăși avea să o realizeze asupra acestei probleme.

[16] Declarațiile concrete ale subscrisei:

i. În DUAE *Partea a III: Motive de excludere, lit. C: motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, pct. privitor la* ***Acorduri cu alți operatori care vizează denaturarea concurenței*** (pag. 14 din DUAE)

Subscrisa am bifat ***NU***

Reamintim că fiecare punct din DUAE Partea a III corespunde unui caz legal de excludere. Sintagma *Acorduri cu alți operatori care vizează denaturarea concurenței* corespunde motivului de excludere menționat la art. 167 alin (1) lit. d) din Legea nr. 198/2016 privind: ***acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză***.

ii. În DUAE *Partea a III: Motive de excludere, lit. C: motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, pct. privitor la* ***Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave*** (pag. 14 din DUAE)

Subscrisa am bifat ***NU***

Și aici considerăm relevant de menționat:

- <u>În primul rând</u> că sintagma *Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave* corespunde motivului de excludere reglementat de art. 167 alin (1) <u>lit. c)</u> din Legea nr. 198/2016 în acord cu care operatorul: *„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"*.

- <u>În al doilea rând</u>, alin. (3) al aceluiași art. 167 din Legea nr. 198/2016 definește abaterea profesională gravă (caz de excludere avut în vedere de alin. 1 lit c) după cum urmează: *„orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi <u>încălcări ale regulilor de concurență</u> de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă"*.

iii. În același timp, la pag. 28 din DUAE, într-o secțiune/câmp care ne permitea redactarea, am prezentat voluntar informații clare (situație de fapt care nu necesita nicio analiză juridică) ce puteau să facă obiectul unei veritabile declarații pe proprie răspundere, după cum urmează:

*„Referitor la punctul C: deși nu suntem în situația respectivă totuși, facem următoarea precizare: **Consiliul Concurenței a propus sancționarea pe motiv că ar fi încălcat, în anul 2008, dispozițiile art. 5 alin. (1) lit c) din Legea Concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și art. 101 alin. 1 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. Decizia motivată a Consiliului Concurenței nu ne-a fost comunicată până în prezent.** În afară de faptul că apreciem decizia și sancțiunea anterior menționate ca fiind neîntemeiate, după primirea deciziei motivate, urmează a ataca această decizie pe calea instanțelor de judecată în vederea anulării acesteia"*[5].

[17] Prin Adresa nr. 6399 din data de 29.09.2017 ("Solicitarea de clarificare" – Anexa nr. 2 la Notificarea prealabilă), APIA a solicitat subscrisei transmiterea unor ***puncte de vedere*** în legătură cu modul în care apreciază declarațiile din DUAE prin raportare la (i) existența Deciziei Consiliului Concurenței și la (ii) existența unor documente constatatoare în care ar fi fost incluse referiri la penalități de întârziere. APIA a justificat solicitarea acestor puncte de vedere față de *"contextul în care în acest document [n.n. DUAE] este necesar să se regăsească informațiile în mod real"*. De menționat că *„dintr-o eroare de redactare"*, așa cum admite însăși APIA (pag. 7 din Răspunsul la Notificarea prealabilă), solicitarea de clarificare a vizat parțial alte secțiuni din DUAE decât cele cu privire la care APIA a invocat motive de excludere prin Actul atacat.

[18] Solicitarea însăși, care privește ***puncte de vedere***, deci aprecieri subiective asupra problemei în discuție (singurele astfel de aprecieri fiind chiar încadrarea sau nu în vreun motiv de excludere), nicidecum informații sau documente punctuale (pe care oricum le-am prezentat anterior prin DUAE), precum și lipsa de conținut și substanță a solicitării au dovedit - încă de la acel moment - intenția APIA de a ne exclude din Procedură.

[19] Ținând cont atât de faptul că subscrisa am prezentat detaliat, odată cu depunerea ofertei, informațiile legate de existența Deciziei Consiliului, cât și de inexistența unui obiect clar și concret al solicitării APIA, se observă că solicitarea nu a fost nicidecum una de clarificare, ci o simplă

[5] Pentru verificarea completă a informațiilor prezentate la această situație, facem trimitere la pag. 28 și 29 din DUAE în care, în plus față de cele de mai sus, am menționat și o parte din motivele care ne-au determinat să considerăm că nu suntem în caz de excludere, precum și unele informații privitoare la certificatele deținute, fără legătură cu acest subiect.

simulare de clarificare și o pseudoprobă pregătită în emiterea unei decizii abuzive de excludere a subscrisei[6].

[20] Prin răspunsul nostru nr. 7087 din 05.10.2017 la Solicitarea de clarificare (Anexa nr. 2 la Notificarea prealabilă), subscrisa am arătat în mod clar și neechivoc faptul că nu ne aflăm în niciun caz de excludere prevăzut de lege, iar declarațiile noastre din DUAE sunt conforme cu realitatea. Totodată, am arătat că mențiunea din DUAE la Decizia Consiliului Concurenței a fost făcută tocmai în scopul de a oferi vizibilitate totală asupra comportamentului subscrisei pe piață, tocmai pentru a arăta că nu ne încadrăm în niciun caz de excludere din Procedură.

3.2. Decizia APIA de excludere a ofertei subscrisei SIVECO

[21] Prin Actul atacat (Adresa nr. 7302/03.11.2017) APIA ne-a comunicat un *"rezultat intermediar"* în acord cu care oferta subscrisei a fost respinsă ca **"inacceptabilă conform celor declarate și asumate în DUAE"**, **"în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. (h)"** potrivit căruia:

> *„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".*

pentru următoarele motive de fapt:

(i) În cadrul DUAE, Partea III: **Motive de excludere**, Secțiunea C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, Punctul ***Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței*** am răspuns **"NU"**, deși conform comunicatului de presă din data de 27.07.2017 emis de Consiliul Concurenței rezultă existența unei sancțiuni aplicate prin Decizia Consiliului Concurenței (**"Motivul de fapt nr. 1"**);

(ii) În cadrul DUAE, Partea III: **Motive de excludere**, Secțiunea C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, Punctul ***"Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile"*** am răspuns "NU", deși *"din documentele constatatoare existente la sediul autorității contractante rezultă că ați plătit penalități pentru întârzieri în prestarea serviciilor"* (**"Motivul de fapt nr. 2"**);

(iii) În Contractul subsecvent nr. 344/29.12.2016 (**"CS68"**) din Acordul cadru nr. 241/18.12.2013 (**"Acordul cadru nr. 241"**) există anumite întârzieri de natură să conducă, în opinia APIA, la aplicarea de penalități (daune-interese moratorii) (**"Motivul de fapt nr. 3"**).

[22] Fără dubiu, soluția APIA raportată la motivele prezentate în sprijinul acesteia este incoerentă și dovedește o decizie subiectivă căreia i se adaugă motive *forțate*, fără a exista motive concrete care ar trebui să genereze și să susțină ele însele o decizie coerentă. Se observă că, într-o logică inversă, APIA întâi a luat decizia de a ne exclude, iar abia apoi a căutat motive pentru decizie.

[23] Pe de o parte, APIA lasă să se înțeleagă faptul că ne-am face vinovați de prezentarea unor declarații neadevărate (motiv separat de excludere) întrucât am fi declarat greșit/fals că nu ne-am afla în alte două motive distincte de excludere. Cu alte cuvinte, APIA pare a considera că ne-am autoevaluat greșit și că ne-am afla în cazurile de excludere de la:

[6] De fapt, acest lucru devine evident și din faptul că APIA își justifică soluția de excludere (pe care o detaliem mai jos) în mare parte pe repetarea redundantă a faptului că a formulat o adresă de clarificări (nicidecum o solicitare reală) deși nu avea obligația de a formula o astfel de solicitare.

(i) alin. (1) lit. d) a articolului 167 din Legea nr. 98/2016:

*„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**".*

(ii) alin. (1) lit. g) a articolului 167 din Legea nr. 98/2016:

*operatorul economic **și-a încălcat în mod grav sau repetat** obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, a unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar **aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile**".*

[24] Pe de altă parte, răspunsul APIA lasă deschisă și ideea că nu am fi prezentat informații concrete relevante pentru analiza celor două cazuri de excludere.

[25] Această din urmă idee este însă exclusă în condițiile în care informația pe care APIA o consideră relevantă pentru - Partea III: Motive de excludere, Secțiunea C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, Punctul *Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței* – este **existența Deciziei Consiliului despre care chiar subscrisa am făcut referire expresă atât în DUAE cât și în răspunsul la pretinsa solicitare de clarificări, iar cea de-a doua informație se referă la contracte aflate în derulare cu APIA și în legătură cu care părțile au purtat o corespondență susținută în perioada imediat anterioară și chiar pe parcursul derulării procedurii de atribuire[7]. Prin urmare, este exclus să se considere că am fi ascuns o informație pe care o declarăm expres în repetate rânduri.**

3.3. Notificarea prealabilă. Îndeplinirea condiției prevăzute de art. 6 din Legea nr. 101/2016

[26] Apreciind că Actul atacat este nelegal, subscrisa am formulat, cu respectarea prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, notificarea prealabilă nr. 7628/06.11.2017, înregistrată la Autoritatea Contractantă sub nr. 45276/06.11.2017 (**"Notificarea prealabilă"**), prin care am arătat că:

(i) declarațiile subscrisei din DUAE sunt veridice și arată neîncadrarea subscrisei în niciunul dintre cazurile de excludere prevăzute de lege și indicate de APIA în Actul atacat;

(ii) în eventualitatea în care ceilalți ofertanți participanți la procedură ar fi fost admiși în etapele ulterioare ale Procedurii, rezultă că evaluarea ofertei noastre s-a realizat cu grava încălcare a tratamentului egal, APIA aplicând criterii diferite de evaluare a ofertelor depuse în Procedură. În acest sens, am arătat, **cu prezentarea de documente justificative public disponibile oricărei persoane interesate**, faptul că toți ceilalți ofertanți se află în situații fie similare fie mult mai grave decât situația de fapt a subscrisei, prin raportare la interpretarea dată de APIA motivelor de excludere din Procedură;

(iii) Actul atacat a fost emis într-o etapă procedurală în care APIA nu avea dreptul să analizeze declarațiile subscrisei din DUAE, această încălcare a prevederilor legale aplicabile fiind de natură să conducă la încălcarea gravă a dreptului nostru la apărare și la luarea unei decizii nelegale și abuzive de către Autoritatea Contractantă;

---

[7] Potrivit art. 197 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: "(2) Prin excepție de la dispozițiile art. 196, operatorii economici nu sunt obligați să prezinte documente justificative în sprijinul informațiilor declarate în DUAE în cazul în care **autoritatea contractantă care a atribuit contractul de achiziție publică sau a încheiat acordul-cadru este deja în posesia documentelor respective.**"

(iv) evaluarea ofertei noastre s-a realizat în condițiile incidenței unui conflict de interese, sesizat de către subscrisa și față de care APIA nu a luat măsuri de restabilire a legalității, astfel încât rezultatul evaluării ofertei noastre este grav viciat.

3.4. Răspunsul Autorității Contractante la Notificarea prealabilă. Precizarea motivelor de respingere reținute prin Actul atacat. Analiză preliminară a nelegalității Actului atacat

[27] APIA ne-a comunicat, prin adresa nr. 45276/09.11.2017, răspunsul său la Notificarea prealabilă (**"Răspunsul la Notificarea prealabilă"**), precizând motivele de respingere a ofertei noastre, după cum vom arăta în continuare.

[28] Răspunsul la Notificarea prealabilă este o anomalie care, deși frizează orice logică, conține o esență de adevăr, **respectiv că subscrisa nu ne-am afla în vreun caz de excludere.** În concret:

3.4.1. În ceea ce privește Motivul de fapt nr. 1

[29] APIA nu mai consideră că am fi furnizat informații false în ceea ce privește Decizia Consiliului, ci că am fi furnizat informații *contradictorii*.

[30] Mai departe, tot din răspunsul APIA, se desprinde ideea că **informațiile** apreciate de APIA ca fiind **contradictorii**:

(i) **nu intră în categoria "informații"**, ci sunt argumentele în drept pe care subscrisa le-am prezentat în sprijinul ideii că decizia Consiliului Concurenței nu atrage încadrarea în cazurile de excludere; și

(ii) **nici nu sunt contradictorii**, ci întemeiate, după cum chiar APIA subliniază.

[31] Paradoxal, APIA însăși dovedește că toată demonstrația proprie și soluția finală sunt evident lipsite de pertinență și utilitate și că subscrisa nu ne aflăm într-un caz de excludere.

[32] Astfel, în finalul argumentelor prezentate în legătură cu Decizia Consiliului, **APIA însăși afirmă că raportat la prevederile art. 171 alin. 5 lit b din Legea nr. 198/2016[8] fapta pentru care ne-a exclus NU REPREZINTĂ CAZ DE EXCLUDERE câtă vreme de la data pretinsei sale săvârșiri au trecut mai mult de trei ani** (pag. 6 din Răspunsul la Notificarea prealabilă).

[33] Cu toate acestea, ca să-și justifice totuși o soluție evident urmărită, APIA refuză să revină asupra măsurii, invocând pretexte inchizitoriale și, în egală măsură, *false* (spre deosebire de declarațiile subscrisei din DUAE):

(i) În primul rând, fără nicio justificare sau temei legal, APIA pretinde că ar fi trebuit să recunoaștem totuși o faptă care, repetăm, nu reprezintă *un dat* incontestabil ci o faptă încadrabilă juridic, aflată în plin proces de analiză și judecată, pe care subscrisa o contestăm și care oricum nu are relevanță în speță câtă vreme există o serie de condiții și elemente legale (dintre care și cele enumerate chiar de APIA) care fac inutilă verificarea săvârșirii și încadrării faptei (a se vedea pagina 6 din Răspunsul la Notificarea prealabilă)

(ii) Apoi, APIA consideră că se justifică excluderea (evident APIA nu mai este în măsură să indice în ce temei și potrivit cărui motiv legal) întrucât nu am făcut mențiunea că fapta a fost săvârșită în urmă cu 9 ani pentru ca APIA să aplice prevederile legale ce exclud fapta din

[8] *Art. 171 (5) 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.*

sfera celor care reprezintă motive de excludere (a se vedea pagina 6 din Răspunsul la Notificarea prealabilă).

În realitate, afirmația este evident tendențioasă și greșită întrucât chiar prin DUAE subscrisa am arătat că Decizia Consiliului se referă la o faptă pretins a fi avut loc în anul 2008, situație în care – considerăm – nu era necesar să facem o simplă operație aritmetică de scădere pentru a dovedi că au trecut peste 3 ani de la data pretinsă a săvârșirii faptei.

(iii) De asemenea, APIA susține în mod neîntemeiat ca fiind "contradictorie" declarația noastră din DUAE prin care arătăm că apreciem ca neîntemeiată Decizia Consiliului Concurenței și că urmează să atacăm acest act după comunicare[9] (aspect de fapt reținut la pagina 5 din Răspunsul la Notificarea prealabilă), față de împrejurarea că *"comisia de evaluare nu a regăsit în spațiul media nicio dezmințire fermă a firmei dumneavoastră referitoare la acuzația de trucare"* (a se vedea pagina 4 din Răspunsul la Notificarea prealabilă).

Și această pretinsă "contradicție" este o simplă speculație tendențioasă din moment ce: (a) o asemenea dezmințire a fost publicată și este disponibilă într-o multitudine de surse publice (doar cu rea intenție nu ar fi putut fi identificată)[10] și (ii) oricum o dezmințire publică este lipsită de valoare juridică și irelevantă față de existența declarațiilor noastre exprese în acest sens în DUAE.

(iv) APIA invocă și pretinsa "contradicție" între declarația din DUAE conform căreia urmează să atacăm Decizia Consiliului Concurenței și luarea de măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului pentru conformarea cu legislația concurențială, măsuri care ar *"presupune că s-au identificat aspecte generatoare de activități care vizează concurența"* .(A se vedea pagina 5 din Răspunsul la Notificarea prealabilă). Or, implementarea unui program de conformare cu legislația concurențială se impune la nivelul societății noastre tocmai pentru că activitatea noastră se desfășoară pe o piață concurențială, deci pentru că desfășurăm *"activități care vizează concurența"*, iar recomandarea implementării de asemenea programe vine chiar din partea Consiliului Concurenței, pentru toți operatorii economici de pe piață, cu scopul imediat de a preveni încălcări ale normelor de concurență.

În alte cuvinte, după ce ne solicită (sub sancțiunea falsului în declarații!) să recunoaștem o pretinsă faptă aflată în litigiu, APIA ne pretinde să recunoaștem (sub aceeași sancțiune) și că orice plan de conformare sau măsură de instruire a personalului într-un anumit domeniu (ex- concurența, în cazul de față; alte exemple: planul de securitate în caz de incendii, sănătate și securitate în muncă, etc.) reprezintă o recunoaștere a încălcării prevederilor legale în acel domeniu. Această interpretare kafkiană contravine în mod flagrant principiilor constituționale primare care garantează dreptul oricărei persoane la apărare, asigurarea

---

[9] Din susținerile APIA reținem și că aceasta a primit confirmarea din partea Consiliului Concurenței, prin adresa nr. 13375/09.10.2017, că *"decizia de sancționare [illegible] nu a fost încă redactată și comunicată părților"*.

[10] Cu titlu de exemplu menționăm dezmințirile publicate în: [illegible] romania/presa/comunicate-de-presa/informare-consiliul-concurentei; http://economie.[illegible] http://jurnalul.ro/str[illegible] http://www.[illegible] -la-amenda-uriaa-[illegible] concurentei-si-acuza-ca-e-discriminata/; http://www.capital.ro/siveco-respinge-[illegible]nctiunea-aplicata.html; http://pescurt.ro/stiri-agricultura/siveco-reacioneaza-la-amenda-uriaa-data-de-consiliul-concurenei-i-acuza-ca-e-discriminata_27-07-2017_12150047; https://[illegible]co-respinge-sanctiunea-aplicata-de-consiliul-concurentei/; http://www.ziarelive.ro/[illegible] respinge-sanctiunea-aplicata-de-consiliul-concurentei.html; http://www.ziuanews.ro/revista-presei/[illegible]/siveco-reac-ioneaza-la-amenda-uria-a-data-de-consiliul-concuren-ei-i-acuza-ca-e-discriminata-746089; http://www.[illegible]/siveco-reac-ioneaza-la-amenda-uria-a-data-de-consiliul-concuren-ei-i-acuza-ca-e-discriminata_1210089.html; [illegible]siliul-concurentei/; http://www.allbiz.ro/siveco-respinge-sanctiunea-aplicata-de-consiliul-concurentei-055175.html; http://www.ultimele-stiri.eu/artic[illegible] a-aplicata-de-consiliul-concurentei/3368596

accesului la justiție și prezumția de nevinovăție, și transformă comisia de evaluare în procuror și judecător, aceasta pronunțându-se asupra veridicității unei declarații referitoare la o situație de fapt aflată în litigiu, administrând în acest sens drept "probe" – suspiciuni rezultate din neînțelegerea unor realități faptice și juridice.

[34] După prezentarea tuturor acestor "contradicții", APIA declară în mod expres că: *"membrii comisiei de evaluare au apreciat că dacă răspunsul dumneavoastră din DUAE ar fi fost că ați avut "Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței" și ați fi specificat că această situație s-a petrecut acum 9 ani [Notă: după cum am arătat mai sus, această informație este expres prevăzută în DUAE]", acestia ar fi putut declara oferta acceptabilă în ceea ce privește această prevedere din DUAE, conform art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016"*[11].

[35] În concret, APIA declară în mod expres și clar că, dacă am fi răspuns că am încheiat acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței (adică dacă am fi recunoscut o faptă pe care am dezmințit-o public și o sancțiune pe care intenționăm să o atacăm!), ar fi putut să constate că, în temeiul art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, **cazul de excludere nu este aplicabil și oferta noastră este acceptabilă.**

[36] Pentru și mai multă claritate, reluăm încă o dată raționamentul prin care Autoritatea Contractantă ne exclude din procedură pentru declarații "nereale":

(a) APIA consideră că dacă am fi declarat că ne aflăm într-un caz de excludere pe care ea însăși îl declară inaplicabil, ar fi putut să constate inaplicabilitatea acestui caz de excludere (pag. 6 din Răspunsul la Notificarea prealabilă);

(b) faptul că subscrisa am declarat că NU suntem în acest caz de excludere și am și furnizat în acest sens aceleași explicații reținute de APIA pentru a constata neoperarea cazului de excludere, ar reprezenta, în opinia APIA, o reprezentare neadevărată a aceleiași "realității" reținute de aceasta.

[37] Sintetizând cele mai sus expuse, rezultă că **APIA nu a reținut incidența unui caz de excludere derivând din existența comunicatului Consiliului Concurenței privind sancționarea subscrisei pentru o pretinsă faptă neconcurențială, ci a reținut drept neconformă cu realitatea poziția noastră de a nu recunoaște această pretinsă faptă (aflată în dispută și ale cărei împrejurări le-am adus la cunoștința sa).**

3.4.2. În ceea ce privește Motivul de fapt nr. 2

[38] APIA clarifică faptul că acest motiv a fost reținut în considerarea declarației "NU" din cadrul Secțiunii C a DUAE - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, Punctul *"Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile"*.

[39] În continuarea aceluiași raționament distorsionat și abuziv, APIA declară că a considerat această declarație ca fiind "falsă", invocând în acest sens motive străine de natura și scopul legii și a căror acceptare ar conduce la conturarea DUAE ca un instrument de interogatoriu inchizitorial, fără drept la propria opinie sau drept la apărare. În concret:

(i) Argumentul de bază pe care își întemeiază poziția APIA este acela conform căruia subscrisa nu am fi avut dreptul de a realiza, prin declarația din DUAE, propria încadrare în cazurile de excludere, o asemenea încadrare fiind *"sarcina exclusivă a comisiei de evaluare"*.

---

[11] *Art. 171 (5) 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.*

După cum am arătat chiar de la bun început și vom dezvolta și în continuare, această interpretare este contrară prevederilor exprese ale legislației naționale aplicabile și Directivei – care definesc DUAE tocmai ca reprezentând *"o declarație pe propria răspundere actualizată, ca **dovadă preliminară** în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți **care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții: a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere** menționate la art. 164, 165 și 167"*.

(ii) Pornind de la interpretarea distorsionată arătată mai sus, APIA susține că aprecierea noastră (întemeiată pe propria evaluare și cu expunerea către APIA a motivelor care susțin această evaluare), că existența unor penalități de întârziere în cadrul contractelor încheiate anterior **tot cu APIA**, prin raportare la contextul de fapt aplicabil acestor contracte, nu se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit g) din Legea nr. 98/2016, ar reprezenta o declarație falsă;

Pentru a susține că declarația noastră este falsă, APIA se raportează (în mod similar motivului anterior) la pretinsa nerecunoaștere de către subscrisa a unei situații de fapt (existența penalităților de întârziere – care, după cum vom arăta mai jos, era bine cunoscută de către APIA și a făcut obiectul unor corespondențe între subscrisa și APIA imediat anterioare și chiar simultane desfășurării Procedurii, iar obligația noastră de a furniza documente justificative privind această situație este expres eliminată de lege), și nu la calificarea acestei situații de fapt, respectiv la aplicarea motivului de excludere la care declarația se referă.

(iii) Totodată, în aceeași logică discutabilă urmărită la reținerea motivului anterior de respingere a ofertei subscrisei, APIA susține că, dacă am fi răspuns "Da" în cadrul acestei secțiuni din DUAE (adică dacă am fi declarat că ne aflăm într-un caz de excludere), și am fi prezentat *"măsurile pe care le-am luat pentru a preîntâmpina situații similare"* (măsuri cunoscute și chiar invocate de APIA în motivul de respingere – "ati plătit penalități") *"ar fi fost la latitudinea membrilor comisiei de evaluare să declare oferta acceptabilă sau inacceptabilă pe baza analizei unor documente suplimentare"*. Practic, APIA declară că nu a reținut cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, însă consideră "falsă" declarația noastră potrivit căreia nu ne aflăm în acest caz de excludere.

[40] Sintetizând cele mai sus menționate, și în cazul acestui motiv de respingere a ofertei subscrisei, **APIA admite că s-ar putea înlătura cazul de excludere rezultat din existența unor penalități de întârziere în cadrul contractelor încheiate anterior de către [illegible] cu aceasta (deci cazul de excludere nu ar fi incident), însă reține ca fiind "falsă" declarația noastră conform căreia existența acestor penalități de întârziere nu constituie, în opinia noastră, motiv de excludere din Procedură.**

3.4.3. În ceea ce privește Motivul de fapt nr. 3

[41] Cu privire la acest motiv de respingere a ofertei, APIA clarifică faptul că de fapt acesta privește nu numai încadrarea în cazul de excludere din procedură reglementat de art. 167 alin. (1) lit. (h), dar și în cazul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. (g), adăugând practic un nou motiv de excludere din procedură – neinclus în Actul atacat. Oricum subscrisa am analizat și neîncadrarea în acest motiv de excludere, însă punctăm această completare tocmai pentru a sublinia indecizia APIA cu privire la motivele de excludere din procedură reținute de aceasta (după cum arătam anterior, se pare că aceasta întâi a luat decizia de a ne exclude și abia apoi a început să pre-constituie motive).

[42] Pentru a susține această încadrare, APIA invocă situații de fapt aflate în desfășurare, cărora nici subscrisa și nici măcar APIA nu le-a dat o calificare juridică prin acte administrative adecvate, respectiv existența unor întârzieri în implementarea unui Contract subsecvent nr. 68, aferent Acordului cadru nr. 241 din 18.12.2013.

[43] După cum chiar APIA declară, natura acestor întârzieri nu este nici cuantificată în penalități de întârziere și nici într-un document constatator privind modalitatea de îndeplinire a contractului. Prin urmare, la data la care APIA face aceste evaluări, situația de fapt invocată de către APIA nu este calificată juridic nici măcar de către aceasta.

[44] Cu toate acestea, fără a se întemeia pe documente justificative pertinente din care să rezulte efectiv calificarea întârzierilor invocate de APIA ca (i) reprezentând o neîndeplinire contractuală imputabilă și ca (ii) un caz de excludere din procedură, Autoritatea contractantă decide excluderea noastră din Procedură în temeiul art. 167 alin. (1) lit. (g) și (h) din Legea nr. 98/2016.

3.4.4. În ceea ce privește aplicarea principiului tratamentului egal de către APIA în evaluarea ofertelor din cadrul Procedurii

[45] Autoritatea Contractantă încearcă să arate în ce măsură a aplicat principiul tratamentului egal, față de cele sesizate de subscrisa în Notificarea prealabilă, reușind să demonstreze, dincolo de orice îndoială, că a aplicat criterii diferite de evaluare pentru oferta noastră, față de ofertele celorlalți ofertanți, respectiv:

(i) APIA consideră relevant faptul că în documentele constatatoare analizate pentru ceilalți ofertanți – și indicate de către subscrisa în Notificarea prealabilă – nu sunt menționate prejudicii. Or, în documentele constatatoare emise pe numele subscrisei – chiar de către APIA – la rubrica prejudicii este menționat **"NU"** – deci ne aflăm în aceeași ipoteză pe care APIA nu o încadrează într-un caz de excludere în cazul celorlalți ofertanți;

(ii) APIA consideră irelevant pentru încadrarea în cazurile de excludere a celorlalți ofertanți faptul că, în documentele constatatoare emise pe numele acestora, se menționează că aceștia **NU** au îndeplinit corespunzător contractul, din moment ce nu au fost menționate "penalități de întârziere" (fără a iniția demersuri să afle dacă au fost percepute asemenea penalități, deși în documentele constatatoare indicate de subscrisa sunt menționate în clar întârzieri în livrarea produselor și chiar rezilierea unor contracte);

(iii) În cazul subscrisei însă, APIA ignoră faptul că a consemnat în documentele constatatoare emise de APIA însăși că **NU** au fost produse prejudicii, iar contractul a fost îndeplinit **CORESPUNZĂTOR**, considerând relevantă exclusiv menționarea unor penalități de întârziere.

[46] Sintetizând susținerile APIA în această privință, notăm că aceasta încearcă să inducă ideea că ar fi compatibilă cu permiterea participării la procedura de atribuire situația unei îndepliniri **necorespunzătoare** sau chiar **rezilieri** a unui contract de achiziție publică, însă ar fi incompatibilă situația în care contractul a fost îndeplinit corespunzător, fără prejudicii (aspect confirmat inclusiv de numeroase documente constatatoare și recomandări ale APIA sau ale Ministrului Agriculturii, după cum vom prezenta mai jos), doar datorită plății (efectuate!) unor penalități de întârziere.

[47] Totodată notăm că, deși APIA încearcă să își justifice (chiar și formal) decizia cu privire la documentele constatatoare indicate de subscrisa, aceasta nu formulează nicio apărare cu privire la încadrarea ofertantului Asocierea S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat), cu YMENS TEAMNET SRL drept terț susținător în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit c) și alin. (4) din Legea nr. 98/2016. Această omisiune de a adresa un caz grav de excludere din procedură subliniază și mai mult caracterul pur formalist și disimulant al susținerilor sale referitoare la aplicarea principiului tratamentului egal.

IV. NELEGALITATEA ACTULUI ATACAT

[48] După cum am arătat încă din analiza preliminară a Actului atacat, apreciem că rezultatul analizei DUAE aferent ofertei subscrisei este netemeinic și nelegal, fiind pronunțat cu încălcarea prevederilor legale privind dreptul autorităților contractante de a evalua declarațiile subscrisei din DUAE în această etapă procedurală, precum și cu interpretarea eronată a conținutului răspunsurilor de clarificare furnizate de subscrisa.

4.1. Autoritatea contractantă a interpretat eronat conținutul DUAE și răspunsurile subscrisei la Solicitarea de clarificări

[49] Din analiza Actului atacat, astfel cum a fost clarificat prin Răspunsul la Notificarea prealabilă, rezultă că APIA a respins oferta subscrisei invocând:

(i) Pentru Motivele de fapt nr. 1 și 2, cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, text de lege potrivit căruia:

"(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: [...] 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.*"

(ii) Pentru Motivul de fapt nr. 3, cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) și g) din Legea nr. 98/2016.

4.1.1. Încadrarea celor 3 motive de fapt reținute pentru excluderea ofertei noastre în prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din legea nr. 98/2016 este netemeinică și nelegală

[50] Sintetizând situația de fapt mai sus expusă, în etapa de analiză a DUAE, APIA a considerat, fără solicitarea sau analizarea oricăror documente justificative, fie că subscrisa am fi vinovată de declarații false, fie că nu am fi prezentat informațiile solicitate, fie că nu am fi fost în măsură să prezentăm informațiile solicitate.

[51] Deoarece, chiar și după Răspunsul la Notificarea prealabilă, nu este clar în ce teză a textului de lege mai sus redat a încadrat APIA respingerea ofertei noastre (susținerile acesteia pendulând între sesizarea unor "contradicții", aprecierea drept "false" sau "nereale" a altor declarații), urmează să analizăm în continuare oferta noastră prin raportare la toate aceste teze.

[52] Înainte de a trece la această analiză, subliniem încă o dată cele expuse chiar la începutul prezentei contestații, respectiv că o interpretare logică și rezonabilă a scopului și conținutului DUAE, susținută de toate textele de lege indicate de către subscrisa în conținutul prezentei[12], impune concluzia că obiectul declarațiilor din DUAE din "Partea III: Motive de excludere" îl reprezintă **DECLARAREA DE CĂTRE OFERTANȚI CĂ SE AFLĂ sau NU ÎNTR-O SITUAȚIE DE EXCLUDERE PREVĂZUTĂ DE LEGE.**

---

[12] Articolul 59 din Directiva: "*DEAU constă într-o* ***declarație oficială a operatorului economic potrivit căreia nu se aplică motivul relevant de excludere*** *și/sau este îndeplinit criteriul de selecție relevant*". În același sens, art. 193 din Legea nr. 98/2016 prevede: "(1) *Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor* ***DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară*** *în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care* ***confirmă*** *că operatorul economic în cauză* ***îndeplinește*** *următoarele condiții: a)nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167; b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă; c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.*"

[53] Prin urmare, în această secțiune din DUAE, ofertanții își realizează evaluarea proprie a încadrării în motivele de excludere din Procedură, iar opțiunile "Da" sau "Nu":

- au semnificația exprimării poziției ofertantului după realizarea acestei evaluări proprii, prin raportare la condițiile prevăzute de lege față de fiecare caz de excludere în parte, și
- nu pot fi interpretate ca reprezentând o negare sau ascundere de către ofertant a existenței unei fapte pe care ofertantul nu o consideră a reprezenta caz de excludere (chiar dacă, în opinia autorității contractante, o asemenea faptă ar constitui caz de excludere).

[54] Sintetizând, împrejurarea că APIA sau orice altă autoritate/terț ar avea altă interpretare a unei situații de fapt decât subscrisa nu afectează în niciun mod declarațiile subscrisei, deoarece acestea au fost făcute în considerarea propriilor aprecieri și interpretări, permise potrivit dreptului constituțional la **liberă exprimare** și la **apărare** a drepturilor noastre legitime.

(i) Subscrisa nu am făcut declarații false în cadrul DUAE și nici în conținutul informațiilor transmise APIA [teza I din art. 167 alin. (1) lit. h)]

[55] Potrivit punctului de vedere emis de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP), disponibil în Biblioteca de spețe[13], și reținut chiar de APIA în Răspunsul la Notificarea prealabilă:

*"Referitor la declarațiile false ce pot conduce la excluderea unui operator economic dintr-o procedură de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, subliniem că acestea trebuie să se regăsească „în conținutul **informațiilor transmise la solicitarea** autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție". **Mai exact,** documentele pe care operatorul economic le transmite autorității contractante, la solicitarea acesteia din urmă, în vederea dovedirii informațiilor completate în DUAE, nu trebuie să conțină informații false, nefiind cazul din speța de față."*

[56] Prin urmare, ANAP clarifică interpretarea rezonabilă a declarațiilor din DUAE – respectiv că acestea nu pot fi apreciate a fi false decât prin raportare la conținutul informațiilor/documentelor prezentate în justificarea acestora. Evident, calificarea dată de ofertant propriei situații – prin răspunsul DA sau NU – nu poate fi considerată o declarație în fals, atât timp cât ofertantul pune la dispoziția autorității contractante toate informațiile/documentele solicitate pentru a permite acesteia să își facă propria evaluare.

[57] Prin urmare, dacă documentele și informațiile puse la dispoziția Autorității Contractante pentru verificarea neîncadrării în cazurile de excludere nu conțin informații false – cum nici nu este cazul și nici nu s-a invocat în cauză (toate informațiile fiind publice și deținute deja de APIA)– este evident că, dacă are altă interpretare asupra evaluării cazului de excludere la care declarațiile se referă, APIA trebuia să respingă oferta noastră prin raportare la acel caz de excludere și nu prin raportare la litera h).

[58] Distincția este, în cazul de față, foarte importantă pentru că APIA folosește drept pretext acest caz de excludere inaplicabil, cu scopul de a evita să constate direct că nu ne aflăm în celelalte cazuri de excludere (deja recunoscând asta – în cazul primului motiv direct, iar în cazul celorlalte motive indirect).

[59] Revenind la situația de fapt aplicabilă în cauză, referitor la Motivul de fapt nr. 1, subscrisa am prezentat APIA situația de fapt aferentă Deciziei Consiliului Concurenței, astfel cum aceasta poate fi verificată din surse publice, iar, în ceea ce privește motivele de fapt nr. 2 și 3, APIA însăși deține

[13] http://anap.gov.ro/web/evaluare/

documentele (n.n. – documentele constatatoare) prin raportare la care susține existența unor "declarații false", existând o corespondență imediat anterioară sau chiar simultană procedurii, prin care APIA susține o poziție diferită referitoare la calificarea acestor motive de fapt[14].

[60] Mai mult, APIA nu ne-a solicitat prezentarea de documente justificative sau alte informații față de Motivele de fapt 1 și 2, ci prezentarea unui **punct de vedere** față de: (1) o situație de fapt adusă la cunoștința APIA chiar de subscrisa în DUAE – pentru Motivul de fapt nr. 1 și (2) o situație de fapt cunoscută direct de către Autoritatea Contractantă – respectiv raporturile contractuale dintre subscrisa și APIA – pentru Motivul de fapt nr. 2.

[61] De asemenea, în ceea ce privește Motivul de fapt nr. 3 (<u>față de care nu ni s-au cerut clarificări</u>), situația de fapt era direct cunoscută de către APIA – aceasta derivând tot din raporturile contractuale ale acesteia cu subscrisa.

[62] În concluzie, apreciem ca fiind netemeinică, nelegală și abuzivă invocarea acestui text de lege care face vorbire despre falsul în declarații în condițiile în care subscrisa doar am comunicat în mod transparent, consecvent și cu bună credință toate situațiile de fapt aplicabile ofertei noastre, cât și punctul nostru de vedere față de acestea.

(ii) Subscrisa am prezentat toate informațiile solicitate de APIA, astfel cum acestea au fost solicitate [teza a II-a din art. 167 alin. (1) lit. h)]

[63] Subscrisa am prezentat toate informațiile solicitate de către APIA, respectiv am prezentat punctele de vedere solicitate de către aceasta prin Solicitarea de clarificări. Cu privire la motivele de fapt reținute pentru respingerea ofertei noastre, nu au fost solicitate alte informații.

[64] În plus, <u>pentru Motivul de fapt nr. 3, APIA nu a solicitat nicio clarificare</u>.

[65] Prin urmare, având în vedere că informațiile solicitate au fost transmiterea unor <u>puncte de vedere</u>, iar aceste puncte de vedere au fost transmise prin răspunsul la Solicitarea de clarificări, este evident că informațiile solicitate au fost transmise și nu poate fi susținută nici această teză a art. 167 alin. (1) lit. h.

(iii) Subscrisei nu ni s-au solicitat documente justificative cu privire la motivele de fapt reținute pentru respingerea ofertei [teza a III-a din art. 167 alin. (1) lit. h]

[66] După cum am arătat și la punctul anterior, subscrisei ni s-au solicitat doar niște puncte de vedere pe care le-am transmis APIA, în termenul acordat.

[67] Prin urmare, nu poate fi reținut nici faptul că nu am fi fost *"în măsură să prezentăm documentele justificative solicitate"*, din moment ce nu ni s-au solicitat documente justificative în acest sens (oricum, APIA nu avea dreptul să ceară documente justificative în această etapa a Procedurii). Prin urmare, nu poate fi susținută nici această teză a art. 167 alin. (1) lit. h.

[68] Având în vedere cele mai sus menționate, vă solicităm să rețineți că subscrisa am prezentat în DUAE declarații veridice, precum și declarații rezultate din propria evaluare a situației noastre personale și am răspuns solicitării Autorității Contractante de formulare a unor puncte de vedere cu privire la anumite situații de fapt aduse la cunoștința APIA de către subscrisa și cunoscute în mod direct de către APIA prin prisma relațiilor contractuale în care ne aflăm.

---

[14] Reiterăm prevederile legale potrivit cărora nu aveam obligația să furnizăm APIA documente justificative deja deținute de către aceasta. " *(2) Prin excepție de la dispozițiile art. 196, operatorii economici nu sunt obligați să prezinte documente justificative în sprijinul informațiilor declarate în DUAE în cazul în care autoritatea contractantă care a atribuit contractul de achiziție publică sau a încheiat acordul-cadru este deja în posesia documentelor respective."*

[69] Prin urmare, motivul de respingere a ofertei noastre, respectiv " *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*" este netemeinic și nelegal, iar reținerea acestuia este nelegală.

4.1.2. Declarațiile cuprinse în DUAE sunt veridice. Subscrisa nu ne aflăm în niciun alt caz de excludere din Procedură prevăzut de lege

[70] Chiar dacă din analizarea Actului atacat rezultă că APIA nu a reținut niciun alt caz de excludere din Procedură decât cel reglementat de art. 167 alin. (1) lit. h), deoarece din analizarea Motivelor de fapt nr. 1, 2 și 3 rezultă trimiteri indirecte către alte cazuri de excludere prevăzute de lege, iar, prin Răspunsul la Notificarea prealabilă, APIA mai adaugă un motiv de excludere, respectiv cel reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g), urmează să arătăm în continuare motivele pentru care apreciem ca fiind netemeinice și nelegale chiar și asemenea motive de excludere.

[71] De asemenea, pentru a elimina orice dubiu asupra veridicității declarațiilor noastre, urmează să analizăm inclusiv acele motive de excludere pe care APIA nu le ia în considerare nici măcar indirect în Actul atacat sau în răspunsul la Notificarea prealabilă.

4.1.2.1. Referitor la Motivul de fapt nr. 1, nu ne aflăm nici în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. d)

[72] Sintetic, reiterăm faptul că APIA susține că ne-am afla în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h), deoarece, în cadrul DUAE, Partea III: Motive de excludere, Secțiunea C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, Punctul **Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței** am răspuns "NU", deși conform comunicatului de presă din data de 27.07.2017 emis de Consiliul Concurenței, rezultă existența unei sancțiuni aplicate prin Decizia Consiliului Concurenței pentru o **pretinsă trucare a unei licitații în anul 2008**.

[73] În completarea argumentelor prin care arătam că nu ne aflăm în cazul de excludere reținut de APIA, urmează să arătăm că nu ne aflăm nici în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. d).

[74] Astfel, punctul "*Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței*" din DUAE are corespondent în cazul de excludere din procedură reglementat de art. 167 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia:

> "(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***."

[75] În acest context de fapt și de drept, urmează să analizăm în continuare situația ofertei noastre față de acest caz de excludere:

(i) Acest caz de excludere nu este aplicabil ofertei subscrisei deoarece se referă la situații de fapt în desfășurare la data procedurii de atribuire și care se desfășoară *"în cadrul sau în legătură"* cu Procedura

[76] După cum subscrisa am arătat în cadrul DUAE și răspunsurilor la Solicitarea de clarificări și după cum APIA arată că a înțeles (prin redarea în Actul atacat a aceleiași referințe), Decizia Consiliului

Concurenței a fost pronunțată pentru o pretinsă trucare a unei licitații în anul 2008, deci cu 9 ani înainte de inițierea Procedurii.

[77] Prin urmare, în nicio interpretare logică (și cu atât mai puțin rezonabilă), nu s-ar putea susține că pretinsa faptă s-ar fi desfășurat în cadrul sau în legătură cu prezenta Procedură.

[78] De altfel, Autoritatea Contractantă recunoaște în mod expres faptul că nu ne aflăm în acest caz de excludere, însă consideră că ar fi putut constata inaplicabilitatea recunoscută doar dacă am fi recunoscut pretinsa faptă reținută de Consiliul Concurenței (renunțând la dreptul nostru legitim la apărare!).

(ii) Acest caz de excludere nu poate fi oricum aplicabil în lipsa indiciilor plauzibile care ar susține o excludere și a punctului de vedere al Consiliului Concurenței

[79] Art. 167 alin. (6) prevede în mod expres că autoritatea contractantă este obligată să solicite Consiliului Concurenței un punct de vedere cu privire la încadrarea în acest caz de excludere, bineînțeles arătând care sunt acele "indicii" reglementate la alin. (5) al aceluiași articol[15].

[80] Este evident că nu poate fi reținut niciun "indiciu plauzibil" de tipul celor prevăzute de lege cu privire la oferta subscrisei – cel puțin nu în legătură cu prezenta Procedură, iar orice extindere a unor asemenea indicii până în anul 2008 este în mod expres exclusă de acest text de lege, care se referă expres la "procedura în cauză".

[81] Totodată, având acces doar la cuprinsul Actului atacat, putem prezuma în mod rezonabil că oricum nu s-a solicitat un punct de vedere Consiliului Concurenței privind eventuale indicii de denaturare a concurenței la prezenta Procedură, fapt ce confirmă neîncadrarea în acest caz de excludere.

4.1.2.2. Referitor la Motivul de fapt nr. 1, nu ne aflăm nici în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c)

[82] Deși atât prin răspunsul nostru la Solicitarea de clarificări, cât și prin Notificarea prealabilă, am arătat că singurul caz de excludere din procedură față de care s-ar putea raporta o analiză a Deciziei Consiliului Concurenței este cel prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, <u>APIA a continuat să invoce cazul prevăzut la litera d) a aceluiași text de lege</u>.

[83] Pentru eliminarea oricărui dubiu în privința neîncadrării subscrisei în niciun caz de excludere precum și pentru a arăta în mod transparent raționamentul pe care ne-am întemeiat declarația "Nu" din cadrul DUAE, vom analiza inclusiv acest ultim posibil caz de excludere din procedură care ar putea avea legătură cu existența Deciziei Consiliului Concurenței.

---

[15] Potrivit alin. (5) și (6) al aceluiași art. 167: *"În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d) se consideră că autoritatea contractantă are suficiente **indicii plauzibile** pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței <u>**în cadrul sau în legătură cu procedura ÎN CAUZĂ**</u> în următoarele situații, reglementate cu titlu exemplificativ: a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire; b) în cadrul organelor de conducere a 2 sau mai multor operatori economici participanți la procedura de atribuire se regăsesc aceleași persoane sau persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care au interese comune de natură personală, financiară sau economică sau de orice altă natură; c) un ofertant/candidat a depus două sau mai multe oferte/solicitări de participare, atât individual cât și în comun cu alți operatori economici sau doar în comun cu alți operatori economici; d) un ofertant/candidat a depus ofertă/solicitare de participare individuală/în comun cu alți operatori economici și este nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte/solicitări de participare.*

(6) Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenței punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței <u>în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză</u>, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile."

[84] În acest sens notăm că, potrivit 167 alin. (1) lit. c) și alin. (3) 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: [...] 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;*

(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."

[85] Nu ne încadrăm nici în acest caz de excluderea din Procedură deoarece:

(i) Decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă

[86] După cum am arătat și în cadrul expunerii situației de fapt aplicabile, Decizia Consiliului Concurenței nu fusese comunicată la data depunerii DUAE sau la data răspunsurilor la solicitările de calificare, subscrisa având acces doar la dispozitivul acesteia (comunicat și în presă), de care am luat cunoștință prin studierea minutei de ședință din data de 18.07.2017. De altfel, APIA a reținut în Răspunsul său la Notificarea prealabilă că a primit, din partea Consiliului Concurenței, confirmarea că decizia nu fusese nici măcar redactată.

[87] În acest context, interpretând prevederile art. 167 alin. (1) lit c) în coroborare cu prevederile Constituției României care garantează dreptul la apărare, apreciem că singura interpretare în acord cu principiile constituționale a acestui text de lege este aceea că referirea la "decizie a unei autorități administrative" este făcută la un asemenea act în forma lui definitivă.

[88] În eventualitatea în care s-ar ajunge la o interpretare contrară - respectiv că excluderea, în temeiul art. 167 alin. (1) lit c), ar opera și în situația unei decizii nedefinitive – subliniem că, în virtutea principiilor constituționale generale, legea dispune numai pentru viitor și nu se aplică retroactiv.

[89] Respectarea acestui principiu este cu atât mai mult necesară atunci când noua legislație introduce sancțiuni și restrângeri ale drepturilor persoanelor. Astfel, în virtutea acestui principiu nu este permisă aplicarea sancțiunilor și restrângerilor drepturilor introduse de Legea nr. 98/2016 **unor situații produse anterior intrării acesteia în vigoare**, în condițiile în care la data apariției acestor evenimente acestea erau sancționate în mod diferit de legislația în vigoare la acea dată.

[90] Cu alte cuvinte, dacă o anumită conduită nu era sancționată în aceleași condiții de legislația în vigoare la momentul producerii sale, condițiile de sancționare reglementate ulterior nu sunt aplicabile respectivei conduite.

[91] În concret, legislația în vigoare la momentul săvârșirii pretinselor fapte anticoncurențiale de respectiv art. 181 lit d) din OUG nr. 34/2006, prevedea acest caz de excludere în următoarea formă:

*"Autoritatea contractantă **are dreptul** de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] d) a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin **hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești**, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională".*

[92] Prin urmare, la data săvârșirii pretinsei fapte, legea reglementa acest caz de excludere ca fiind (i) opțional (excluderea fiind un drept și nu o obligație a autorității contractante) și (ii) raportat la existența unei ***hotărâri definitive a unei instanțe judecătorești.***

[93] Or, principiul aplicării legii represive celei mai favorabile a fost recunoscut în jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție, aceasta statuând (cu valoare de izvor de drept) că:

> "55. *În prezența unei **evoluții a reglementării privind sancțiunile administrative**, care ar conduce la faptul că în privința anumitor aspecte noua reglementare este mai puțin severă, dar în privința altor aspecte, mai severă decât cea anterioară, în scopul de a determina reglementarea mai favorabilă nu trebuie să se procedeze la o analiză abstractă, ci **trebuie să se determine cea care, în concreto, este cea mai favorabilă întreprinderii în cauză**, ținându-se cont de situația sa (a se vedea în acest sens Hotărârea din 9 decembrie 2014, Riva Fire/Comisia, T-83/10, nepublicată, pendinte în recurs, EU:T:2014:1034, punctul 85, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 17 septembrie 2009, Scoppola împotriva Italiei, CE:ECHR:2009:0917JUD001024903, punctul 109, și Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 18 iulie 2013, Maktouf și Damjanović împotriva Bosniei și Herțegovinei, CE:ECHR:2013:0718JUD000231208, punctul 65)"*[16].

[94] Prin urmare, în analiza aplicării sancțiunii administrative (în acest caz, excluderea) celei mai favorabile, în eventualitatea în care art. 167 alin. (1) lit c) din Legea nr. 98/2016 ar fi interpretat ca fiind aplicabil și în cazul unei decizii/hotărâri nedefinitive, apreciem că se aplică ultraactiv prevederile art. 181 lit. d) din OUG nr. 34/2006 – în vigoare la data săvârșirii pretinsei fapte – text de lege care condiționează orice decizie în ceea ce privește excluderea de existența unei "hotărâri definitive a unei instanțe judecătorești".

(ii) De la data săvârșirii pretinselor fapte anticoncurențiale a expirat termenul de 3 ani prevăzut de art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 ca termen de reabilitare

[95] Conform art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016:

> "*(5) 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**".*

[96] Astfel, orice restricții de participare la proceduri de atribuire a unor contracte de achiziție publică **încetează automat** la expirarea a 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

[97] În cazul de față, chiar dacă pretinsa încălcare a prevederilor concurențiale din anul 2008 ar reprezenta un caz de excludere în baza Legii nr. 98/2016, sancțiunea excluderii nu mai poate fi aplicată în prezent, întrucât **termenul de 3 ani de la data săvârșirii faptei s-a împlinit în anul 2011**. După cum am arătat și mai sus, APIA a admis în mod expres faptul că nu este aplicabilă excluderea din procedură deoarece sunt incidente prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, mai sus redate (pag. 6 din Răspunsul la Notificare).

---

[16] Cu titlu de exemplu, Hotărârea din 27 iunie 2017 în Cauza T-151/16 disponibilă aici: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5337f1b973de24d64aaa290992afa1677.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNePe0?text=&docid=192147&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76790

(iii) Chiar dacă nu ar fi înlăturate celelalte motive de inaplicabilitate a cazului de excludere, oricum poate participa la proceduri de achiziție publică furnizând dovada credibilității sale (procedura self cleaning)

[98] După cum am arătat și în cuprinsul răspunsului nostru la Solicitarea de clarificare și în Notificarea prealabilă, dispozițiile art. 171 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016[17] permit ofertantului subiect al unui caz de excludere să depună eforturi pentru demonstrarea reabilitării sale anterior împlinirii termenului de 3 ani și, în funcție de aprecierea autorității contractante, să aibă dreptul de a participa la astfel de proceduri.

[99] Chiar dacă pretinsa încălcare a prevederilor concurențiale din anul 2008 ar reprezenta un caz de excludere în baza Legii nr. 98/2016 și fără a lua în considerare faptul că oricum au trecut 3 ani de la data săvârșirii faptei, în tot acest timp și-a întărit sistemele și procedurile interne deja existente și a depus extinse diligențe pentru evitarea oricăror încălcări ale prevederilor concurențiale.

[100] În acest sens, a implementat un program de conformare cu legislația concurențială, luând măsuri concrete la nivel organizațional și în materie de instruire specifică a personalului. **Acest program de conformare cu legislația concurențială a fost analizat inclusiv de către Consiliul Concurenței și acceptat de acesta**, fiind considerat adecvat și fiind luat în considerare drept circumstanță atenuantă la stabilirea sancțiunii (conform Minutei Consiliului Concurenței – art. 7 - din data de 18.07.2017 – Anexa nr. 4 la prezenta).

[101] Astfel, apreciem că, fără să fim într-un caz de excludere care să necesite demonstrarea credibilității noastre, **toate eforturile** se încadrează oricum în măsurile descrise de prevederile art. 171 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016, **demonstrând, în concret, credibilitatea prin raportare la cerințele Legii nr. 98/2016.**

[102] APIA consideră însă că implementarea de către a programului de conformare cu legislația concurențială și acceptarea acestui program de către Consiliul Concurenței ar fi "contradictorie" cu declarația noastră din DUAE conform căreia urmează să atacăm Decizia Consiliului Concurenței.

[103] Or, implementarea unui program de conformare cu legislația concurențială se impune la nivelul societății noastre tocmai pentru că activitatea noastră se desfășoară pe o piață concurențială, deci pentru că desfășurăm *"activități care vizează concurența"*, iar recomandarea implementării de

---

[17] *Art. 171 (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire* ***poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea*** *prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care* ***autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate*** *de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind* ***suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul*** *economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la* ***adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal,*** *cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite"*

asemenea programe vine chiar din partea Consiliului Concurenței, <u>față de toți operatorii economici</u>, cu scopul imediat de a **preveni** încălcări ale normelor de concurență[18].

[104] APIA însă susține ideea că orice plan de conformare sau măsură de instruire a personalului într-un anumit domeniu (ex- concurența, în cazul de față; alte exemple: planul de securitate în caz de incendii, sănătate și securitate în muncă, etc.) ar reprezenta o recunoaștere a încălcării prevederilor legale în acel domeniu.

[105] Această interpretare lipsită de orice logică elementară, abuzivă contravine în mod flagrant principiilor constituționale primare care garantează dreptul oricărei persoane la apărare, asigurarea accesului la justiție și prezumția de nevinovăție, și aruncă suspiciuni nejustificate asupra oricăror măsuri preventive luate de operatorii economici în orice domeniu. Practic, APIA consider că un comportament preventiv trebuie interpretat ca un indiciu de vinovăție.

[106] Interpretarea în mod evident abuzivă a APIA este contrazisă și de practica recentă a Comisiei Europene care, într-o cauză în care analiza înlăturarea unui caz de excludere prin recunoașterea măsurilor de remediere luate de un operator economic, a statuat că:

*"În această privință, trebuie precizat că argumentul invocat în memoriul în apărare al Comisiei, conform căruia <u>nerecunoașterea de către reclamantă, în timpul procedurii în contradictoriu, a caracterului intenționat din partea sa al organizării unor proceduri concurențiale fictive evidențiate în raportul OLAF arăta că nu exista fiabilitate în privința sa, **nu poate fi acceptat**</u>. Astfel, un operator economic care face obiectul unei proceduri de sancționare are întotdeauna <u>dreptul de a se apăra împotriva motivelor invocate împotriva sa, iar **exercitarea acestui drept nu aduce atingere aprecierii fiabilității sale** ulterior faptelor care îi sunt imputate, având în vedere măsurile de remediere pe care le-a putut adopta</u>."*[19]

[107] Subscrisa am adus toate aceste elemente de fapt și de drept la cunoștința APIA prin răspunsul nostru la Solicitarea de clarificări.

4.1.2.3. Referitor la Motivele de fapt nr. 2 și 3

[108] Cu privire la acest motiv de fapt, APIA susține că, împrejurarea că în cadrul DUAE, Partea III: Motive de excludere, Secțiunea C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, Punctul **"Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile"** am răspuns "NU", deși *"din documentele constatatoare existente la sediul autorității contractante rezultă că ați plătit **penalități pentru întârzieri** în prestarea serviciilor"*, ar reprezenta un caz de excludere.

[109] În acest sens notăm că Punctul **"Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile"** din DUAE se raportează la prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), potrivit cărora:

*"(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g)operatorul economic și-a încălcat **în mod grav sau repetat obligațiile principale***

---

[18] Potrivit Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, emis de Consiliul Concurenței (disponibil aici: http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/bucket12/id12280/ghid privind conformarea cu regulile de concurenta.pdf): *"Programele de conformare sunt instrumente care permit întreprinderilor să **evite** încălcarea legislației aplicabile în domeniul concurenței. **Consiliul Concurenței încurajează întreprinderile să își dezvolte programe eficiente de conformare a regulile de concurență**, pentru a preveni participarea la încălcări ale legii care ar expune întreprinderile sancțiunilor pecuniare ori de altă natură sau unor prejudicii de imagine. Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență se adresează tuturor întreprinderilor, fie ele corporații multinaționale sau întreprinderi mici ori mijlocii, pentru ca acestea să conștientizeze beneficiile conformării și riscurile încălcării legislației concurenței."*

[19] Hotărârea din 27 iunie 2017 în Cauza T-151/16, paragraph 58, disponibilă aici: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5337f1b973de24d64aaa290992afa1677.e34Kax3eOc40LaxqMbN4PaNePe0?text=&docid=192147&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7679

*ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, **iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile**".*

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

[111] În legătură cu aceste motive de fapt, APIA invocă două tipuri distincte de motive:

(i) pe de o parte, că am fi ascuns Autorității contractante (APIA) informațiile legate de plata penalităților către APIA, încadrându-ne, astfel, la motivul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit h).

(ii) pe de altă parte, că subscrisa ne-am afla efectiv în cazul de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g), întrucât:

(a) am fi achitat penalități de întârziere stabilite contractual în valoare de 189.691,56 lei la Contractul subsecvent (**CS**) 39 la Acordul Cadru nr. 241 încheiat de Asocierea din care subscrisa facem parte chiar cu APIA, fapt constatat pe calea Documentului constatator nr. 3928/20.06.2017;

(b) la CS 68 din cadrul aceluiași Acord cadru (deși nu a fost încă emis certificatul constatator și nici pretinse penalități) un departament din cadrul APIA susține că ar exista întârzieri în execuție/livrare.

4.1.2.3.1. Netemeinicia susținerilor APIA privind pretinsa obligație a subscrisei de a preciza în DUAE că am achitat penalitățile în valoare de 189.691,56 lei la CS 39

[112] În primul rând, reamintim că rațiunea și chiar standardul declarațiilor din DUAE impun ca ofertanții să declare dacă se regăsesc sau nu în cazurile de excludere, răspunzând cu DA sau NU, fără ca propria analiză juridică să poată fi calificată declarație neadevărată/cu atât mai puțin falsă.

[113] După cum am arătat și mai sus, dacă într-adevăr executarea benevolă a clauzei penale privitoare la penalitățile de întârziere în discuție ar reprezenta caz de excludere din procedură (ceea ce – vom demonstra în continuare cu prisosință - nu este cazul) ar deveni aplicabile prevederile lit. g). din cadrul art. 167 alin. (1), nicidecum prevederile lit. h). Dacă penalitățile nu ar reprezenta caz de excludere atunci este în afara oricărei discuții că singura noastră afirmație NU (nu ne aflăm în cazul de excludere) nu poate fi calificată falsă în accepțiunea lit. h) pentru simplul motiv că este adevărată.

[114] În al doilea rând, tot în ceea ce privește netemeinicia pretinsei incidențe a lit. h), trebuie observat că declarația falsă/neadevărată avută în vedere de lege trebuie să fie realizată cu scopul de a produce efecte în sensul de a împiedica autoritatea contractantă să verifice existența/inexistența cazurilor de excludere.

[115] Or, APIA susține că i-am fi ascuns informații pe care APIA însăși le cunoaște la fel de bine ca și subscrisa, fiind vorba despre o penalitate plătită acesteia din urmă într-un contract încheiat cu APIA. Este astfel imposibil de imaginat modalitatea în care declarația subscrisei ar fi putut să reprezinte o ascundere de informații care puteau ajuta APIA să verifice existența/inexistența unui caz de excludere, în special față de faptul că APIA însăși a emis documentul constatator.

[116] Legea însăşi prin art. 59 alin. 5 par 2 din Directiva 2014/24 (în acelaşi sens art 197 alin 2 din legea nr. 198/2016) stabileşte contrariul celor afirmate de APIA, după cum urmează: *„Operatorii economici nu sunt obligați să prezinte documente justificative în cazul în care autoritatea contractantă care a atribuit contractul sau acordul cadru este deja în posesia documentelor respective".*

[117] **În al treilea rând**, în sprijinul înlăturării atât a incidenței prevederilor lit. h), cât şi a prevederilor lit. g), trebuie ţinut cont că **APIA însăşi a decis că situaţia invocată** (penalităţile de întârziere plătite de subscrisa în cadrul acestui contract) **nu reprezintă caz de excludere.**

[118] Astfel, cu ocazia desfăşurării procedurii *"Servicii de mentenanță şi administrare soft şi bază de date, întreţinere şi rezolvarea incidentelor care pot apărea în utilizarea aplicaţiilor IPA-ONLINE şi LPISWEB"*, APIA a considerat, cu luarea în considerare a aceloraşi documente constatatoare reţinute în cadrul Motivului de fapt nr. 2, că penalităţile contractuale plătite benevol exclud orice prejudiciu, nu pot fi calificate abateri grave faţă de complexitatea uriaşă a proiectului şi faţă de reuşita acestuia şi, în consecinţă, nu pot fi calificate caz de excludere, declarând oferta subscrisei admisibilă (Corespondenţa dintre subscrisa şi APIA este ataşată în Anexa nr. 5 la prezenta).

[119] Prin urmare, subscrisa cu bună credinţă am considerat această situaţie de fapt a fi bine-cunoscută APIA şi deja calificată juridic de către aceasta, prin decizia luată în cadrul unei proceduri de atribuire anterioare.

4.1.2.3.2. Netemeinicia aplicării cazului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 pe considerentul plăţii penalităţilor contractuale invocate de APIA

(i) Dubla condiţionare impusă de litera şi spiritul legii pentru cazul de excludere (desfiinţarea anticipată a contractului şi producerea de prejudicii)

[120] Potrivit art. 167 alin. (1) lit. g):

*"Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: g)operatorul economic **şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale** ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar **aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese**[20] sau alte sancţiuni comparabile".*

[121] În general, precum şi în cazul identic al neexecutării însemnate sau repetate solicitate de art. 1.551 Cod civil român (regăsit şi în codul italian, german şi francez), pentru pronunţarea/constatarea rezilierii/rezoluţiunii unui contract, sintagma *încălcarea sau neexecutare gravă/însemnată/repetată* poate ridica probleme de interpretare.

[122] Atât doctrina de specialitate, precum şi Principiile UNIDROIT, ale Dreptului european al contractelor (PDEC) şi apoi propunerile la nivelul UE pentru Draft Common Frame of Reference (DCFR)[21] care au influenţat procesul legislativ la nivel european, dar şi ale Codului Civil român au definit ***neexecutarea fundamentală*** ca fiind chiar ***acea neexecutare care îndreptăţeşte în manieră indiscutabilă la rezoluţiune***[22].

---

[20] Vom arăta în cele ce urmează că, de fapt, condiţia care trebuie verificată este cea a existenţei unui prejudiciu, iar nu doar a plăţii de daune interese (de întârziere, în cazul nostru), exprimarea fiind rezultatul pierderii unei nuanţe în procesul de traducere şi transpunere a Directivei în legislaţia naţională.

[21] Disponibile aici: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

[22] Ionuţ-Florin Popa, *Rezoluţiunea şi Rezilierea Contractelor în Noul Cod Civil* – pag. 166 (Anexa nr. 6 la prezenta)

[123] Criteriul propus în toate sistemele de drept pentru calificarea *gravă/semnificativă/fundamentală* a unei neexecutări este cel al *așteptării legitime sau rezonabile* – fiind vorba despre ce așteaptă creditorul în mod rezonabil cu privire la prestația debitorului.

[124] Cu alte cuvinte, gravitatea se verifică *în cauza* care l-a determinat pe creditor să încheie contractul, devenind evident că în situația în care creditorul înțelege să mențină contractul în ființă, deși a intervenit o neexecutare/o executare necorespunzătoare, <u>această neexecutare nu poate fi calificată gravă</u> (gravitatea fiind evident privită din perspectiva creditorului pentru care contractul continuă să-și mențină rațiunea chiar și în forma caracterizată de neexecutarea analizată).

[125] În cazul de față, toate aceste rațiuni au fost preluate direct în textul art. 57 alin. (4) din Directivă și în art. 167 alin (1) din Legea nr. 98/2016, în cadrul cărora **fapta gravă sau repetată se autodefinește chiar prin textul legal prin vocația sa de a fi condus la rezoluțiunea/rezilierea contractului și, în plus, la cauzarea unui prejudiciu în patrimoniul autorității contractante.**

[126] Așadar, textul însuși definește gravitatea neexecutării/executării necorespunzătoare prin efectul **desființării anticipate a contractului <u>SI</u> al cauzării de prejudicii.**

[127] Că cele două condiții, respectiv, condiția desființării anticipate și cauzarea de prejudicii trebuie să fie îndeplinite cumulativ, rezultă în mod expres din prevederile art. 166 alin. 8 din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, după cum urmează:

> *"Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare <u>are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor **CUMULATIVE** prevăzute la art. 167</u>"*

[128] În același sens este și o decizie a CNSC (Anexa nr. 6 la prezenta) pe care o amintim nu în virtutea soluției propuse, ci pentru că are meritul de fi surprins esența prevederilor legale incidente:

> *„Trebuie avut în vedere că <u>simpla existență a documentelor constatatoare nu poate conduce la respingerea ofertei</u>, dispozițiile art. 166 alin (8) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 <u>obligând autoritatea contractantă la analiza îndeplinirii cumulative a prevederilor art. 167 alin. 1 lit g din lege</u>.*
>
> *Pe de altă parte, trebuie avut în vedere că <u>verificarea neîndeplinirii în mod repetat a condițiilor contractuale se realizează în cadrul ACELUIAȘI CONTRACT DERULAT</u>, și nu prin raportare și la alt contract derulat, astfel cum a precizat autoritatea contractantă, dispozițiile 167 alin. 1 lit g lin Legea nr. 98/2016 fiind clare".*

[129] **În cazul subscrisei niciuna dintre cele două condiții nu este îndeplinită, fiind indiscutabil că decizia APIA este una abuzivă care distorsionează grav concurența în cadrul prezentei proceduri**

(ii) Inexistența vreunui contract de achiziție desființat din culpa subscrisei

[130] Nici contractul invocat de APIA și nici alt contract de achiziție în care subscrisa să fi fost parte nu a fost vreodată reziliat, cu atât mai puțin din culpa subscrisei.

[131] Îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor noastre contractuale rezultă **chiar din cuprinsul documentelor constatatoare invocate de APIA în susținerea respingerii ofertei noastre.**

[132] Rezultă - din prevederile exprese ale art. 166 din HG nr. 395/2016 care reglementează documentul constatator, scopul acestuia și efectele sale de act administrativ care intră în circuitul

civil și care poate fi contestat în condițiile Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ - că verificarea cazului de excludere se face pe baza conținutului documentelor constatatoare.

[133] De altfel, nici nu ar putea fi imaginată situația în care, în cadrul unei proceduri de achiziție, să se realizeze o analiză temeinică pe bază de probe complexe a modului în care un alt contract a fost executat, a prejudiciului produs, a unor eventuale excepții de neexecutare etc.

[134] În considerarea acestui ultim motiv, afirmațiile APIA în legătură cu pretinse întârzieri și intenția sa de a aplica penalități în cadrul contractelor subsecvente 67, 68 și 69 pentru care nu au fost emise certificate constatatoare nu au nicio relevanță. Acestea nu vor avea relevanță nici dacă, între timp, vor fi emise certificate constatatoare *procausa* cu privire la care subscrisa vom formula contestație în temeiul Legii nr. 554/2004.

[135] Revenind la situația documentelor constatatoare existente în prezent, nu numai că nu există un document constatator care să confirme intervenirea rezilierii și existența vreunui prejudiciu, dimpotrivă, **toate certificatele confirmă executarea corespunzătoare a contractelor și inexistența vreunui prejudiciu**.

[136] Punctăm cu această ocazie în pofida evidenței, în legătură cu mențiunile documentelor constatatoare, că – chiar și în cazul în care fapta gravă nu ar fi definită prin capacitatea de a fi dus la încetarea anticipată – **executarea corespunzătoare menționată în documentele constatatoare este antonimul executării necorespunzătoare** (cu grad de pericol evident redus față de fapta gravă sau repetată) și **exclude astfel în mod absolut posibilitatea ca întârzierea raportată de APIA să fie calificată faptă gravă.**

(iii) Inexistența vreunui prejudiciu – a doua condiție cumulativă. Lipsa de relevanță pentru cazul de excludere a plății/executării benevole a clauzei penale

[137] Rezultă din documentele constatatoare și inclusiv din afirmația APIA că nu există vreun caz de contract de achiziție anterior (și cu atât mai puțin nu este cazul contractului invocat de APIA) în care aceasta din urmă sau altă autoritate să fi suferit un prejudiciu prin fapta subscrisei.

[138] În acest sens, cu referire la documentul constatator nr. 3928 emis în data de 20.06.2017 aferent contractului subsecvent nr. 39 – indicat de APIA drept motiv de reținere a incidenței prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) – notăm că acesta a fost revocat de către APIA ca urmare a adresei noastre nr. 5388/14.07.2017, fiind emis un nou document constatator pentru acest contract subsecvent, respectiv Documentul constatator nr. 4917 emis în data de 31.07.2017 (Anexa nr. 7 la prezenta).

[139] Diferența dintre documentul constatator inițial emis pentru contractului subsecvent nr. 39 și cel rectificat este aceea că penalitățile de întârziere plătite de către subscrisa au fost incluse la punctul 6 Penalități și nu la punctul 7 Prejudicii, APIA acceptând criticile aduse acestui act prin adresa mai sus menționată și certificând îndeplinirea corespunzătoare a contractului de către subscrisa, fără existența vreunui prejudiciu.

[140] În concret, analizând conținutul formei în vigoare a documentului constatator emis pentru contractului subsecvent nr. 39, se observă următoarele:

- la întrebarea „Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător", a fost bifată căsuța **"DA"**,
- la rubrica „Prejudicii aduse sau **ce ar fi putut fi** aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului" a fost bifat **„NU"** – fapt ce atestă atât lipsa oricărui prejudiciu concret, cât și **lipsa posibilității** producerii unui prejudiciu. Prin urmare, chiar dacă ar fi existat întârzieri în implementarea contractului, rezultă că acestea nu au fost de natură a putea produce un prejudiciu, fiind negată de către autoritatea

contractantă chiar și posibilitatea producerii unui prejudiciu pe perioada derulării contractului;

- serviciile și produsele care fac obiectul contractului la care respectivul document constatator final se referă au fost acceptate din punct de vedere cantitativ și calitativ, confirmând faptul că nu ne aflăm într-o situație de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.

[141] Trebuie însă subliniat că, în realitate, cea de a doua condiție avută în vedere de cazul de excludere alături de încetarea anticipată este ca **fapta gravă să fi cauzat un prejudiciu** în patrimoniul autorității iar nu **ca fapta să conducă la plata de daune interese** (cu atât mai puțin de daune interese moratorii stabilite convențional).

[142] Potrivit formei originare a prevederilor din Directivă, condiția avută în vedere de autorul textului este chiar cauzarea unui prejudiciu/daună în interes general de pagubă sau prejudiciu, nicidecum plata de daune interese.

[143] A se vedea în acest sens forma în engleză a art. 57 alin. (4) lit. g din Directivă în acord cu care:

*g) where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract, a prior contract with a contracting entity or a prior concession contract which led to early termination of that prior contract, **damages** or other comparable sanctions;*

[144] În traducerea în limba romana a textului Directivei, semnificația termenului damages este sensibil pierdută, termenul fiind tradus în loc de *prejudiciu/daună* cu daune interese după cum urmează:

*g) dacă operatorul economic a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente la îndeplinirea unei cerințe de fond prevăzute de un contract de achiziții publice anterior, de un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau de un contract de concesiune anterior care au dus la încetarea anticipată a respectivului contract anterior, **daune-interese** sau alte sancțiuni comparabile;*

[145] În final, textul art. 167 alin. 1 lit g din Legea nr. 98/2016 mai adaugă cuvântul *plata* înainte de daune-interese, pierzând astfel total semnificația originară a textului și, astfel, rațiunea legiuitorului european:

*g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, **plata de daune-interese** sau alte sancțiuni comparabile*

[146] Diferența este esențială, câtă vreme în Noul Cod Civil, precum și în celelalte sisteme de drept, **plata efectuată în temeiul unei clauze penale** (indiferent că aceasta este stabilită pentru întârziere sau pentru neexecutare) **nu mai este condiționată de existența unui prejudiciu.** Așadar, plata de penalități stabilite contractual nu înseamnă cauzarea unui prejudiciu în patrimoniul autorității.

[147] În acest sens este chiar art. 1538 Cod civil: **(1)** *Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale... (4) Creditorul poate cere executarea clauzei penale fără a fi ținut să dovedească vreun prejudiciu.*

[148] Dimpotrivă, executarea benevolă a clauzei penale reprezintă tot executarea unei obligații contractuale prevăzute de părți în scopul preîntâmpinării producerii unui prejudiciu.

[149] Interpretarea potrivit căreia sensul cazului de excludere analizat este acela al includerii condiției existenței unui prejudiciu este integral preluată de ANAP care, reamintim, este autoritatea cu atribuții inclusiv de reglementare în domeniul achizițiilor publice, și care a publicat pe site-ul său[23], în Secțiunea Biblioteca de spețe, următoarea clarificare referitoare la aplicabilitatea art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016:

*"Astfel, având în vedere că prin semnarea unui contract ce conține clauze de aplicare a unor penalități pentru încălcarea anumitor obligații, operatorul economic își asumă plata acelor penalități fără a mai fi nevoie să se dovedească existența unui prejudiciu, în opinia noastră aplicarea de penalități NU poate fi considerată o sancțiune comparabilă cu „plata de daune-interese" în sensul art. 167, alin. (1) lit. g) ante-menționat, întrucât în cazul acestora din urmă este nevoie de realizarea unor demersuri suplimentare în vederea demonstrării existenței unui eventual prejudiciu și recuperării acestuia. Prin urmare, **considerăm că doar aplicarea de penalități conform clauzelor contractuale, în cadrul unui contract de achiziții publice, nu aduce operatorul economic în cauză, în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.** În susținerea acestei concluzii, amintim inclusiv prevederile recitalului (101) din Directiva 2014/24/UE, potrivit căruia autoritățile contractante ar trebui „să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic."*

[150] Paradoxal, chiar APIA însăși susține ideea că, în analiza cazului de excludere, a verificat condiția **existenței prejudiciului**.

[151] Astfel, prin răspunsul la Notificarea prealabilă transmis de subscrisa, APIA își justifică decizia de a califica acceptabile ofertele celorlalți ofertanți (inclusiv în cazul Asocierii S&T ROMANIA SRL, TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL, cu YMENS TEAMNET SRL terț (pentru care există un certificat constatator din care rezultă că a cauzat **rezilierea** unui contract de achiziție) pe considerentul că **nu ar fi consemnate prejudicii**. A se vedea în acest sens pag. 12 din răspunsul APIA la Notificarea prealabilă.

[152] Față de cele de mai sus, este evidentă inaplicabilitatea oricărui caz de excludere cu privire la plata benevolă a unei clauze penale stabilite pentru întârziere, mai ales în contextul concret al derulării relațiilor contractuale ale subscrisei cu APIA în care depus un efort care a depășit permanent efortul impus de contract pentru ca România să fie printre primele state cu absorbție în domeniu fondurilor specifice.

[153] În acest sens:

- Ministrul Agriculturii a precizat în data de 30.10. 2017: *„Mă bucur că astăzi am putut să distribuim aproape 80% din subvenții pentru 885.000 de fermieri care au dreptul (...). S-au distribuit peste 750 de milioane euro, o sumă formidabilă, un efort extraordinar de mare din partea bugetului statului, pentru că aceste subvenții se plătesc, în primul rând, de la bugetul statului și apoi se recuperează de la Uniunea Europeană. (...) Am reușit, până la această dată, să aducem în țară 99,18% din subvenții, fiind prima țară din UE cu un asemenea grad de accesare"<<<*[24].

[23] https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/93

[24] https://www.agroinfo.ro/vegetal/daea-anunt-despre-platile-in-avans-facute-fermierilor. Alte surse similare: http://www.apia.org.ro/files/pages_files/Scan_Raport_de_activitate_APIA_2016.pdf

- Chiar Directorul APIA a recunoscut în mod public, prin declarații oficiale, profesionalismul și contribuția sa la implementarea cu succes a programului informatic ce face obiectul contractelor în care sunt invocate aceste penalități, respectiv:

*"(...) numai dacă ne oprim la plățile anului 2016, pot să vă spun că începând din octombrie și până la data curentă, s-au autorizat la plată, zic eu, **o sumă record**, chiar și pentru APIA, de peste 2,5 miliarde euro din Fondul European de Garantare Agricolă, Fondul European de Dezvoltare Rurală și din Bugetul Național, bani pe care încercăm să îi acordăm în timp util pentru ca fermierii să își desfășoare la timp lucrările, aspect bineînțeles care este foarte important în sectorul agricol. (...) Și bineînțeles că **aceste cifre nu ar fi putut fi fără un partener puternic și fără un sistem complex și performant, poate cel mai complex sistem informatic instituțional din țară și printre cele mai performante din statele membre ale U.E.** Așadar, experiența noastră și unele pratici instituite sunt rezultatul a 10 ani de activitate. în care **am înregistrat rezultate deosebite alături de partenerii noștri de la** ar în care a trebuit de asemenea să facem față provocărilor și să surmontăm dificultățile apărute pe parcurs, având în vedere dimensiunea și particularitățile mediului agricol și spațiului rural românesc"*[25].

[154] Această absorbție record s-a realizat cu sistemul dezvoltat de către și cu eforturile noastre în cadrul Acordului cadru finalizat pe 30.06.2017 (cel cu privire la care au existat câteva zile de întârziere pe care APIA le consideră acum că ar reprezenta un caz de excludere) și ulterioare acestei date.

[155] Și totuși, beneficiind de aceste rezultate extraordinare – recunoscute în mod oficial, clar și neechivoc chiar de către Ministrul Agriculturii - APIA, în mod paradoxal, respinge oferta noastră în temeiul unor „întârzieri" birocratice, uzuale în cadrul oricăror contracte de această complexitate, contracte al căror efect a fost declarat în mod expres a fi benefic și de către APIA care a emis recomandări în care a certificat în mod clar și expres (Anexa nr. 5 la Notificarea prealabilă):

"Profesionalismul, implicarea activă a echipei atingerea obiectivelor APIA și respectiv în livrarea serviciilor contractate, a permis ca întreg proiectul de implementare și suport tehnic să se desfășoare în condiții optime de calitate și operativitate".

[156] În fine, independent de verificarea celor două condiții legate de desființare anticipată și prejudiciu care – considerăm – este evident că trebuie îndeplinite cumulativ pentru aplicarea cazului de excludere, **principiul proporționalității**[26] (reglementat în mod expres, alături de principiul tratamentului egal și al nediscriminării ambele cu implicații în cauză – de art. 2 alin 1 din Legea nr. 98/2016) **împiedică posibilitatea ca executarea benevolă a clauzei penale invocate de APIA să fie inclusă în sfera faptelor grave** alături de: *"neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract"* enumerate de art. 166 alin. 8 din Legea nr. 98/2016.

[157] Toate contractele prestate de subscrisa în favoarea APIA au fost finalizate prin semnarea proceselor verbale de recepție cantitativă și calitativă de către Beneficiar, toate modulele furnizate în cadrul acestor contracte au fost acceptate și în consecință sunt funcționale. Mai mult,

---

[25] Declarațiile complete pot fi vizionate aici: http://agrointel.ro/81204/subventii-agricole-suma-record-autorizata-de-apia/

[26] Curtea Europeană de Justiție C-210/91 Comisia Europeană vs Grecia, C-286/82 și 26/83 Luisi si Carbone împotriva Ministero del Tesoro, toate indică importanța principiului proporționalității cu privire la sancțiunile ce pot fi instituite în diverse domenii: *„Măsurile administrative și penalitățile nu trebuie să treacă dincolo de ce este strict necesar, în așa fel încât procedurile de control să nu îngrădească libertățile pe care le cere Tratatul și nu trebuie să fie însoțite de o penalitate disproporțională cu gravitatea încălcării încât să devină un obstacol în exercitarea acelei libertăți (par 20, C-210/91 Comisia Europeană vs. Grecia)"*

pentru implementarea acestor contracte, APIA a emis recomandări în care, după cum am arătat şi mai sus, laudă profesionalismul subscrisei în implementarea acestor contracte.

[158] Împrejurarea că au existat în cadrul unor contracte prestate, unele întârzieri la formalităţile de recepţie calitativă a contractului, care ulterior prin remedierea lor au dus la decalarea termenului de implementare, nu poate fi reţinută drept neîndeplinire contractuală esenţială (a unor obligaţii contractuale principale) gravă deoarece aceste întârzieri reprezintă incidente contractuale minore, inevitabile, deseori generate de APIA însăşi (inevitabile în practica implementării unor contracte complexe) care nu au creat în niciun fel prejudicii Autorităţii Contractante, subscrisa remediind cele sesizate în timpul cel mai scurt, finalizând corespunzător contractele şi onorând clauzele penale.

(iv) Dubla condiţionare impusă de principiul tratamentului egal şi al nediscriminării

[159] Nu numai că se desprinde din interpretarea sistematică a legii şi din normele de aplicare că excluderea se aplică numai dacă gravitatea neexecutării unui contract anterior se verifică atât prin condiţia încetării anticipate cât şi condiţia prejudiciului, însă Autoritatea Contractantă însăşi a considerat că cele două condiţii trebuie să fie îndeplinite cumulativ în analiza încadrării în cazurile de excludere pe care a realizat-o în cazul celorlalţi ofertanţi participanţi la procedură.

[160] În virtutea principiului tratamentului egal şi al nediscriminării (reglementate expres – după cum am arătat deja - de art. 2 alin 1 din Legea nr. 98/2016), Autoritatea contractantă precum şi instanţa de judecată trebuie să aplice egal criteriile de evaluare tuturor participanţilor.

[161] Firesc, acest lucru presupune că, dacă în cazul unui ofertant, Autoritatea contractantă a considerat că acesta nu se află în cazul de excludere întrucât nu ar fi îndeplinită condiţia prejudiciului cu toate că acesta şi-a nesocotit o obligaţie suficient de grav pentru a conduce la rezilierea/rezoluţiunea contractului, Autoritatea contractantă este obligată să aplice aceleaşi reguli de interpretare tuturor candidaţilor.

(a) În ceea ce priveşte ofertantul Asocierea S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat), cu YMENS TEAMNET SRL (terţ susţinător)

[162] După cum am arătat şi insistat chiar şi prin Notificarea prealabilă, APIA a considerat că oferta Asocierii S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat), cu YMENS TEAMNET SRL (terţ susţinător) este admisibilă, în pofida faptului că acest ofertant nu şi-a îndeplinit o obligaţie contractuală considerată în mod unanim esenţială în cadrul unui contract de achiziţie publică – respectiv chiar constituirea garanţiei de bună execuţie - fapt ce a condus la "încetarea anticipată a respectivului contract".

[163] La o simplă verificare în SEAP, în secţiunea accesibilă public Documente constatatoare, având în vedere terţul susţinător Ymens Teamnet SRL, am identificat următoarele.

[164] Autoritatea contractantă "Apele Române" a emis Documentul constatator nr. 11732/IM/22.06.2017 (Anexa nr. 3 la Notificarea prealabilă), referitor la Contractul nr. 24/17.03.2017, în care a consemnat:

8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător : NU .
Ca urmare a neconstituirii si nedepunerii garantiei de buna executie, in termenul legal de 5 zile de la semnarea contractului, s-a constatat ca s-au incalcat prevederile art.7.1 si 12.1 din contractul nr.24/17.03.2017 si in baza art.11.03 din acelasi contract, a fost notificata incetarea contractului.

[165] În realitate, este evident că acest ofertant (în mod îngrijorător și evident favorizat de APIA) se află în cazul de excludere analizat întrucât rezilierea anticipată a condus fără dubiu și la generarea unui prejudiciu indiferent ca acesta ar fi constat numai în costurile cu organizarea unei alte proceduri și/sau întârzierea semnificativă a întregului contract aferentă demersurilor de identificare a unui alt partener contractual.

[166] În momentul de față, însă, interesează ca instanța de judecată să observe că APIA avea obligația să aplice și să interpreteze în mod egal prevederile art. 167 alin. 1 lit. g lin Legea nr. 98/2016, motiv pentru care – raportat la motivarea prezentată în răspunsul la notificare, prin care aceasta susține că nu ar fi îndeplinită condiția aplicării de penalități (deși este îndeplinită cea referitoare la intervenirea rezilierii) – APIA avea obligația – chiar în raport de propria interpretare a prevederilor incidente – de a ne declara oferta admisibilă.

[167] În același sens, analizând datele disponibile din surse publice, se observă următoarele:

[168] Autoritatea contractantă Secretariatul general al Guvernului a emis documentul constatator nr. 12323/08.03.2017 (anexa nr. 3 la Notificarea prealabilă), referitor la Contractul nr. 57021/05.12.2016, în care a consemnat:

> 8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător
> □Da ♦ Nu
> Motivul: SC Ymens Teamnet SRL și-a îndeplinit în integralitate obligațiile contractuale așa cum sunt acestea menționate la punctul 4.
> Furnizarea și implementarea sistemului informatic s-a finalizat la data de 29 decembrie 2016 față de data de 15 decembrie 2016 stabilită în contract pentru furnizarea sistemului, respectiv 21.12.2016 pentru instruire și implementare.
> 9. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului:
> - NU ESTE CAZUL

[169] Deși, doar o neîndeplinire contractuală gravă (i.e. care a produs prejudicii și a condus la reziliere) poate atrage excluderea din Procedură în temeiul legii, situația descrisă în documentul constatator mai sus referit este similară situației de fapt reținute de APIA în ce ne privește, la punctele 2 și 3 din Actul atacat (existența unor <u>întârzieri în finalizarea contractului</u>).

[170] Prin urmare, excluderea ofertei noastre din Procedură, în condițiile evidente în care nu s-a pronunțat aceeași decizie și cu privire la acest ofertant, reprezintă o gravă încălcare a principiului tratamentului egal, prin care APIA favorizează ofertantul Asocierea S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat) cu terț susținător Ymens Teamnet SRL. Această situație este cu atât mai grav având în vedere că subscrisa am semnalat un posibil conflict de interese chiar în legătură cu acest ofertant.

[171] Mai mult, situația de mai sus este mai gravă decât cea aplicabilă ofertei noastre deoarece documentul constatator de mai sus prevede că Ymens Teamnet SRL **NU** a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale, în timp ce documentele constatatoare emise pe numele subscrisei consemnează îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

[172] Totodată, am arătat prin Notificarea prealabilă, însă APIA nu a răspuns acestei sesizări, că Asocierea S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat), cu YMENS TEAMNET SRL terț susținător se încadrează inclusiv în cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit c) și alin. (4)[27] din Legea nr. 98/2016, fapt care impune anularea

[27] Art. 167 alin. (4): "Dispozițiile alin. (1) lit. c) **sunt aplicabile** și în situația în care operatorul economic sau una dintre persoanele prevăzute la art. 164 alin. (2) **este supusă unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. (1)**"

actului prin care oferta acestui ofertant a fost declarată acceptabilă (pe care nu-l putem indica) și obligarea Autorității la reevaluarea ofertei acestuia cu observarea prevederilor legale incidente.

[173] Astfel, deși APIA a sugerat, în Actul atacat, că a căutat în presă (în realitate chiar noi am sesizat comunicatul de presă emis de Consiliului Concurenței) și a identificat, în ceea ce privește firma noastră, o contravenție, care nu este rămasă definitivă, și care în consecință ar trebui să nu înfrângă prezumția de nevinovăție în ce ne privește, este inexplicabil cum aceeași Autoritate Contractantă vigilentă nu a observat comunicatele repetate ale DNA prin care o persoană juridică (i.e. Teamnet International SA, precum și administratorul acesteia, domnul PADIU BOGDAN) care are putere de control asupra ofertantului (i.e. Teamnet World Professional Services SRL și Ymens TEAMNET SRL) este inculpată pentru fapte penale de corupție, evaziune fiscală, spălare de bani:

- http://www.pna.ro/comunicat.xhtml?id=8109
- http://portal.just.ro/105/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=10500000000142437&id_inst=105
- http://www.pna.ro/comunicat.xhtml?id=8046

[174] În acest context, am arătat că Teamnet International SA, care, după cum rezultă din comunicatele oficiale mai sus arătate, este o *„persoană supusă unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. (1)"*, îndeplinește și calitatea de *„persoană prevăzută la art. 164 alin. (2)"* fiind:

(a) acționar în proporție de 76,78% al Teamnet World Professional Services SRL, având în mod evident putere de decizie și control (Anexa nr. 3 la Notificarea prealabilă);

(b) acționar în proporție de 52,02% al Ymens Teamnet SRL, terț susținător al asocierii, având în mod evident putere de decizie și control (Anexa nr. 3 la Notificarea prealabilă).

[175] Având în vedere cele mai sus menționate, apreciem că ofertantul Asocierea S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat), cu YMENS TEAMNET SRL drept terț susținător se află în cazul de excludere mai sus redat.

[176] Mai mult, după cum urmează să arătăm în continuare, subscrisa chiar am semnalat existența unui potențial conflict de interese referitor la situația acestui ofertant, conflict pe care APIA se pare că încearcă să îl disimuleze prin excluderea abuzivă a ofertei subscrisei (Anexa nr. 4 la Notificarea prealabilă).

(b) În ceea ce privește ofertantul TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA

177] La o simplă căutare în SEAP, în secțiunea - accesibilă public - Documente constatatoare, având în vedere ofertantul TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA, am identificat următoarele:

178] Autoritatea contractantă Universitatea "Dunărea de Jos" din Galați a emis Documentul constatator nr. 21035/28.06.2016 (Anexa nr. 3 la Notificarea prealabilă), referitor la Contractul nr. 325/30.04.2015, în care a consemnat:

8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător
□ Da ■ Nu
Dacă NU,
Motivație/motivații :
a) abateri de la calitatea produselor/serviciilor/lucrărilor contractate:- nu au fost respectate condițiile contractuale obligatorii, frecvente sistări ale posturilor telefonice fără motive întemeiate

[179] Astfel, cu privire la acest ofertant există documente constatatoare care consemnează în mod expres "neîndeplinirea obligațiilor contractuale obligatorii", situație de o gravitate evident mult mai ridicată decât existența unor întârzieri în finalizarea serviciilor prestate de subscrisa – servicii prestate cu îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

[180] Apreciem că, față de existența acestui document constatator, APIA avea cel puțin obligația să solicite clarificări emitentului acestuia pentru a determina care au fost efectele neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA.

[181] Oricum, APIA are obligația de a evalua oferta subscrisei după aceleași criterii aplicate evaluării ofertei TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA.

[182] De asemenea notăm și că Autoritatea contractantă OCPI Dâmbovița a emis Documentul constatator nr. 3788/09.05.2016 (Anexa nr. 3 la Notificarea prealabilă), referitor la Contractul nr. 204/01/02/4708/28.10.2011.

[183] Deși în cadrul acestui document constatator nu se menționează neîndepliniri contractuale, notăm că în descrierea procedurii din SEAP acest contract apare ca reziliat.

[184] Prin urmare, având în vedere că există indicii că acest ofertant ar fi putut avea un comportament de natură a conduce la "încetarea anticipată" a unui contract de achiziție publică, fapt ce ar plasa TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA într-un caz de excludere prevăzut în mod expres de lege, APIA avea cel puțin obligația de a solicita clarificări de la autoritatea contractantă implicată.

[185] Anexa capturii relevante din SEAP se găsește în Anexa nr. 3 la Notificarea prealabilă.

[186] Având în vedere cele mai sus expuse, vă solicităm să constatați că informațiile publice disponibile în SEAP arată că, în cazul ofertantului TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA, ar putea fi aplicabil cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit g) din Legea nr. 98/2016, situațiile de fapt redate mai sus reprezentând cazuri mult mai grave de neîndeplinire contractuală decât înregistrarea unor întârzieri sau a unor penalități de întârziere.

[187] Astfel în măsura în care APIA nu a aplicat aceleași criterii în analiza DUAE și ofertei depuse de TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA, considerăm că ne aflăm într-un caz de încălcare gravă a principiului tratamentului egal în evaluarea ofertelor care obligă APIA la aplicarea unui tratament egal și verificarea ofertei subscrisei prin aplicarea aceleiași interpretări a prevederilor legale incidente.

[188] În contextul celor mai sus menționate și având în vedere că, la data prezentă, nu avem acces în SEAP pentru a vizualiza informații despre Procedură și a vizualiza dacă acești ofertanți au fost admiși în etapele ulterioare, subliniem faptul că, în măsura în care APIA nu a evaluat în mod similar declarațiile din DUAE ale tuturor ofertanților, apreciem că APIA a încălcat în mod grav, cu intenție evidentă, principiul tratamentului egal.

(v) Oricum, subscrisa ne-am demonstrat în fapt credibilitatea, plătind penalitățile percepute

[189] Deși apreciem că nu ne aflăm în nicio situație de excludere reglementată de lege, reiterăm faptul că [illegible] ...itat în termen toate penalitățile percepute în cadrul contractelor în care a fost implicata și a remediat toate neconformitățile sesizate de autoritățile contractante, **fiind incidente inclusiv prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016**, redate mai sus, la analizarea Motivului de fapt nr. 1.

4.2. Autoritatea contractantă nu avea dreptul de a evalua declarațiile subscrisei din DUAE în această etapă a Procedurii, iar decizia sa asupra respingerii ofertei este prematură și nelegală, fiind emisă cu încălcarea dreptului nostru legitim de a ne fi recunoscute declarațiile pe proprie răspundere efectuate în DUAE

[190] Din conținutul Actului atacat, rezultă că APIA a stabilit un rezultat **intermediar** al evaluării ofertei subscrisei în etapa de analiză a DUAE și a luat decizia de evaluare a declarațiilor subscrisei într-o etapă preliminară a Procedurii, cu încălcarea flagrantă a prevederilor legale în vigoare. Astfel, Actul atacat a fost emis cu depășirea limitelor dreptului unei autorități contractante de a evalua declarațiile din DUAE, în această etapă procedurală.

[191] În susținerea opiniei noastre, notăm în primul rând că DUAE a fost adoptat, în temeiul art. 59 din Directiva 2014/24, prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic[28], cu scopul declarat de a contribui *"la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante"*. Prin urmare, introducerea DUAE reprezintă o măsură care vizează **inclusiv protejarea drepturilor operatorilor economici** de a participa la un proces de achiziție publică fluid și neîncărcat de birocrație inutilă, în care declarațiile acestora se bucură de o **prezumție relativă de veridicitate** până la momentul finalizării evaluării.

[192] În acest context, notăm că legislația națională în domeniul achizițiilor publice instituie în mod clar și expres regula conform căreia **justificarea declarațiilor din DUAE, prin prezentarea documentelor doveditoare pentru declarațiile cuprinse în DUAE, este solicitată doar ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, deci după parcurgerea tuturor celorlalte etape de evaluare**, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape (când solicitarea este necesară pentru desfășurarea corespunzătoare a procedurii, caz în care nu ne aflăm).

[193] Această regulă este susținută atât de interpretarea legislației în vigoare, cât și de îndrumările emise de ANAP în ceea ce privește utilizarea DUAE. În concret:

[194] Art. 196 din Legea nr. 98/2016 prevede că:

> *"(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, **dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.***
>
> *(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, **autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative** actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, **cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape** când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați."*

[195] APIA invocă acest text de lege, extrăgând din cuprinsul alineatului (1) faptul că autoritatea contractantă poate solicita documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, **în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire**, ignorând însă că acest drept este condiționat, respectiv se poate exercita ***"dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii"***.

[28] Text complet disponibil aici: http://sn-seap.ro/wp-content/uploads/2016/06/Regulamentul-de-punere-in-aplicare-UE-2016-7-al-Comisiei-din-5-ianuarie-2016-de-stabilire-a-formularului-standard-pentru-documentul-european-de-achizitie-unic.pdf

[196] Înţelegerea asupra a cazurilor în care ar fi necesară solicitarea documentelor justificative aferente declaraţiilor din DUAE este clarificată prin paragraful 84 din Directivă care explicitează scopul acestui text de lege:

"(84) *(..) Ofertantul căruia s-a decis să îi fie atribuit contractul ar trebui însă să fie obligat să furnizeze dovezile pertinente, iar autoritățile contractante nu ar trebui să încheie contracte cu ofertanții care nu sunt în măsură să facă acest lucru. Autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să aibă dreptul de a solicita toate sau o parte din documentele justificative,* ***în orice moment în care consideră acest lucru necesar în vederea bunei desfășurări a procedurii.*** *Aceasta s-ar putea întâmpla în special în cazul procedurilor în două etape - procedurile restrânse, procedurile competitive cu negociere, dialogurile competitive și parteneriatele pentru inovare - în care autoritățile contractante utilizează posibilitatea de a limita numărul de candidați invitați să depună o ofertă. Cerința depunerii documentelor justificative la momentul selecției candidaților care urmează să fie invitați ar putea fi justificată pentru a evita ca autoritățile contractante să invite candidați care ulterior se dovedesc a nu fi în măsură să prezinte documentele justificative în etapa de atribuire a contractului, privând alți candidați calificați de ocazia de a participa.*"

[197] Rezultă astfel că legiuitorul a explicitat care sunt cazurile în care se pot verifica informațiile din DUAE anterior stabilirii rezultatului interimar al Procedurii, iar aceste cazuri sunt limitate la procedurile desfășurate în mai multe etape – singura situație în care este necesară verificarea declarațiilor din DUAE pentru "*buna desfășurare a procedurii*". Aceste situații nu sunt lăsate la latitudinea comisiei de evaluare, după cum în mod neîntemeiat susține APIA, ci sunt expres reglementate de lege.

[198] În acest sens sunt relevante și prevederile art. 65 alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016[29], cu referire la situația licitației deschise – procedură cu unică etapă aplicabilă în cauză, potrivit cărora deschiderea sesiunii pentru prezentarea documentelor suport în SEAP se realizează după finalizarea evaluării ofertelor și numai pentru ofertantul clasat pe primul loc.

[199] Aceste prevederi legale trebuie interpretate și în corelare cu Ghidul privind utilizarea DUAE[30] emis de ANAP precizează în mod clar și neechivoc că:

"*În cazul procedurilor de atribuire care se desfășoară* ***într-o singură etapă*** [n.n. cum este cazul prezentei Proceduri], ***doar ofertantul aflat pe primul loc în clasamentul intermediar*** *realizat după evaluarea tuturor ofertelor depuse, conform criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare/simplificat,* ***va trebui să prezinte documentele suport*** *indicate în fișa de date a achiziției, în vederea* ***probării celor asumate prin DUAE***".

[200] Astfel, prin acest ghid, ANAP confirmă faptul că sintagma "*dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii*" (invocată de APIA pentru a justifica încălcarea prevederilor legale privind analiza DUAE) este aplicabilă doar în cazul procedurilor desfășurate în mai multe etape, iar în cazul procedurilor care se desfășoară într-o singură etapă, se aplică regula generală conform căreia autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita proba declarațiilor asumate in DUAE decât operatorului economic clasat pe primul loc.

201] Totodată, notăm și că în documentul "Notificare privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale"[31], ANAP precizează că:

Art. 65 (1) *Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege.*
)Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice opuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. (3) În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de rificare prevăzute la alin. (1) și (2), autoritatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la za acestei decizii, iar celorlalți faptul că se trece la faza următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. IV secțiunea a a din Lege. (4) Comisia de evaluare are obligația, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanților respinși, să deschidă în SEAP unea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum și să acorde un nen de răspuns.
isponibil aici: http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/06/Ghid-utilizare-DUAE-operatori-economici-006.pdf

*"În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAE. Astfel, 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 al DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat."*

[202] Rezultă astfel că etapa de analiză a DUAE (invocată de autoritatea contractantă prin indicarea prevederilor art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016) este diferită de etapa de verificare a declarațiilor din DUAE (prin prezentarea documentelor suport aferente DUAE), în prima etapă fiind verificată doar existența tuturor informațiilor solicitate în cadrul DUAE. Astfel:

- în etapa de analiză a DUAE, autoritatea contractantă are dreptul de verifica doar acele **inadvertențe de formă** din conținutul DUAE, **fără a avea dreptul de a verifica pe fond declarațiile ofertantului**;

- declarațiile ofertantului din DUAE se bucură de o **prezumție de veridicitate** asupra căreia autoritatea contractantă **nu are dreptul de a se pronunța până la finalizarea celorlalte etape procedurale, respectiv până în ultima etapă a procedurii care este verificarea declarațiilor din DUAE**;

- mai mult, dreptul autorității contractante de a verifica declarațiile din DUAE **este limitat și în ceea ce privește ofertanții la care acesta se referă**: respectiv numai la ofertantul aflat pe primul loc după finalizarea evaluării ofertelor și abia apoi, în ordinea clasamentului, celorlalți ofertanți, în măsura în care precedenții sunt excluși.

[203] Precizăm totodată că în acest sens s-a pronunțat și practica judiciară recentă[32] care a statuat că:

"Prin urmare, *clarificările pe care le solicită autoritatea contractantă în faza de analiză a DUAE vizează doar inadvertențe de formă apărute în completarea DUAE prin raportare la precizări existente la nivelul aceluiași DUAE (...). Concluzionând, instanța reține că pârâta autoritatea contractantă a analizat conținutul DUAE depus de reclamantă și a solicitat documente justificative ce exced cazurilor de inadvertențe de formă și cu depășirea atribuțiilor prevăzute de lege pentru comisia de evaluare, motiv pentru care se apreciază ca nelegală declararea ofertei ca inacceptabilă*".

[204] Având în vedere cele mai sus expuse, în cazul prezentei Proceduri, APIA avea dreptul de a verifica declarațiile din DUAE, prin solicitarea de documente suport aferente acestora, doar ofertantului aflat pe primul loc în clasamentul intermediar, după evaluarea tuturor ofertelor depuse, conform criteriului de atribuire.

[205] Prin încălcarea de către APIA a regulilor de evaluare mai sus expuse, aceasta s-a sustras obligației legale de a evalua complet oferta subscrisei (lezând totodată interesele noastre legitime în această privință) și a emis o decizie prematură și, în consecință, nelegală asupra ofertei noastre.

[206] Acest viciu procedural este unul de esență în cadrul procedurii, și nu unul nesemnificativ. Astfel, prin nesocotirea normelor imperative mai sus expuse, APIA a înlăturat în mod abuziv prezumția de veridicitate a declarațiilor din DUAE și, drept consecință, a luat o decizie cu nesocotirea **principiului prezumției de nevinovăție**, astfel încât această decizie este **nulă absolut**. Totodată, APIA ne-a încălcat dreptul legitim, statuat de Legea nr. 98/2016 (tot prin instituirea DUAE), de a ne fi evaluată oferta complet, anterior verificării declarațiilor din DUAE.

---

[31] Disponibil aici: http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdf
[32] Hotărârea civilă nr. 1268/2017 pronunțată de Tribunalul Constanța.

[207] Distincția între momentul procedural în care a fost exclusă oferta este esențială pentru exercitarea dreptului nostru la apărare, deoarece excluderea noastră din procedură într-o etapă preliminară ne îngrădește dreptul de a avea acces la informații cu privire la desfășurarea procedurii și de a ne formula o apărare adecvată.

[208] Nu în ultimul rând precizăm că, potrivit art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: "(2) *Pe durata procesului de evaluare, autoritatea contractantă are dreptul de a transmite candidaților/ofertanților* ***rezultate parțiale****, aferente fiecărei etape intermediare a acestui proces,* ***în conformitate cu condițiile specifice prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi.***" Astfel, Actul atacat este nelegal și din perspectiva faptului că APIA nu se află în niciuna dintre situațiile în care HG nr. 395/2016 permite transmiterea de rezultate parțiale ale evaluării ofertelor (respectiv în cazul procedurilor care se derulează în mai multe etape).

4.3. Procesul de evaluare este viciat de existența unui conflict de interese

[209] După cum am arătat APIA și prin adresa nr. 7206/11.10.2017, la care am revenit prin adresele nr. 7521/27.10.2017 și nr. 7607/3.11.2017 (Anexa nr. 4 la Notificarea prealabilă), este incident în Procedură un conflict de interese raportat la anumiți ofertanți din Procedură și Consultantul selectat de APIA pentru a oferi suport în cadrul procedurii de achiziție.

[210] Astfel, prin Adresa nr. 6651/10.10.2017 APIA ne-a informat că a hotărât să achiziționeze „Servicii de consultanță pentru evaluarea ofertelor" și că a fost declarată câștigătoare pentru prestarea acestor servicii Asocierea formată din ITeC SOLUTII INFORMATICE SRL (CUI 15962780) și SIMBIOTIC SOLUTII INFORMATICE SRL (CUI 16779900) cu experții Pavel Florin, Dogaru Dorel Adrian și Timis Ioana. În acest context, având în vedere prevederile art. 58 -60[33] din Legea nr. 98/2016, precum și prevederile art. 1[34], 129-130[35] din HG nr. 395/2016,

[211] Și având în vedere că:

---

[33] Art. 59 cap. II secțiunea a 4-a "Reguli de evitare a conflictului de interese" din Legea nr. 98/2016 prevede că se înțelege prin conflict de interese *"**orice situație în care membrii** personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, **care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire**"*. Art. 60 enumeră mai multe situații potențial generatoare de conflict de interese, dintre care menționăm: *"c) **participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor** de participare/ofertelor **a unei persoane despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informații concrete că poate avea, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori se află într-o altă situație de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare**; d) situația în care **ofertantul individual/ofertantul asociat/candidatul/subcontractantul propus/terțul susținător** are drept membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care **se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul** autorității contractante sau **al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire.***

[34] *"(2) 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. (3) În cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă **are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare**, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea."*

[35] Conform prevederilor art. 129 alin. (4) din HG nr. 395/2016 *"Membrii comisiei de evaluare **și experții externi cooptați au obligația de a respecta regulile de evitare a conflictului de interese** prevăzute în cap. II secțiunea a 4-a din Lege."* Potrivit prevederilor art. 130 alin. (4) *"**[s]ituațiile privind conflictul de interese pot fi sesizate autorității contractante și de către terți**"*, iar potrivit alin. (5) *„[f]n cazul în care sunt sesizate astfel de situații, **autoritatea contractantă are obligația de a verifica cele semnalate** și, dacă este cazul, de a adopta măsurile necesare pentru evitarea/remedierea oricăror aspecte care pot determina apariția unui conflict de interese.*

(a) În cadrul Procedurii au fost depuse oferte din partea următorilor:

1. S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat), YMENS TEAMNET SRL (terţ susţinător),

3. TELEKOM ROMANIA COMMUNICATION SA (ofertant unic), BEST INTERNET SECURITY SRL (subcontractant), TRENDCADIS CORP SRL (subcontractant) şi SOFT BUSINESS UNION (terţ susţinător)

(b) Autoritatea contractantă a declarat câştigătoare pentru prestarea de „Servicii de consultanţă pentru evaluarea ofertelor" în cadrul Procedurii pe Asocierea formată din ITeC SOLUTII INFORMATICE SRL şi SIMBIOTIC SOLUTII INFORMATICE SRL („Consultantul") cu experţii Pavel Florin, Dogaru Dorel Adrian şi Timis Ioana.

[212] **Am semnalat existenţa unei situaţii potenţial generatoare de conflict de interese privind membrii Consultantului şi ofertantul format din S&T ROMANIA SRL (Lider), TEAMNET WORLD PROFESSIONAL SERVICES SRL (asociat), YMENS TEAMNET SRL (terţ susţinător).**

[213] În concret, am arătat că **Dl. Grădinescu Victor Niculae este asociat al ITeC SOLUTII INFORMATICE SRL**, unul dintre cei doi membri ai Consultantului, cu o cotă de 50% din capitalul social, beneficiile şi pierderile societăţii. Aşadar, acesta este asociat semnificativ al ITeC SOLUTII INFORMATICE SRL, cu putere de control asupra acesteia.

[214] Pe de altă parte:

(a) **dl. Grădinescu Victor Niculae a lucrat în mod efectiv la ofertantul S&T ROMANIA SRL din martie 2004 până în mai 2015**, deci timp de peste 11 ani, astfel cum rezultă din informaţiile publice conform Linkedin;

(b) conform altor surse, dl. Grădinescu Victor Niculae ar fi lucrat până în iunie 2016;

(c) conform raportului disponibil la adresa https://www.slideshare.net/JackieBP/itc-market-in-romania-2015-by-frd-center (pag. 16) privind piaţa de IT în anul 2015, dl. Grădinescu Victor Niculae era încă director în cadrul S&T în anul 2015;

(d) începând cu luna aprilie 2015, dl. Grădinescu Victor Niculae şi-a continuat activitatea ca persoană fizică autorizată înregistrându-se ca atare la Registrul Comerţului, existând informaţii în piaţă că a avut colaborări cu S&T ROMANIA SRL până în iulie 2017. Există astfel indicii rezonabile care atestă că raporturile construite timp de mai mult de un deceniu între dl. Grădinescu Victor Niculae şi S&T ROMANIA SRL, indiferent de natura acestora, se menţin şi în prezent.

[215] Mai mult, în piaţă este cunoscut faptul că **celălalt membru al Consultantului, societatea SIMBIOTIC SOLUTII INFORMATICE SRL**, al cărei asociat şi administrator unic este dl. Dogaru Dorel Adrian, **este una dintre firmele de consultanţă care are o strânsă colaborare cu ofertantul S&T ROMANIA SRL cât şi cu firmele din grupul TEAMNET**, în vederea pregătirii diverselor proceduri de achiziţii.

[216] În aceste condiţii, am arătat că **există indicii rezonabile pentru a considera că ambii membri ai Consultantului se află într-o situaţie de natură să le afecteze independenţa şi imparţialitatea pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor** depuse în cadrul procedurii de achiziţie publică pentru atribuire acordului cadru - „Servicii de mentenanţă, extindere si dezvoltare a sistemului informatic al APIA".

[217] Așadar, **ambii membri ai Consultantului se află în cazul de conflict de interese expres reglementat de art. 60 lit. c) din Legea nr. 98/2016.** Si dacă s-ar aprecia că art. 60 lit. c) nu este aplicabil în speță, considerăm că **suntem într-un caz de conflict de interese în sensul art. 59 din Legea nr. 98/2016** deoarece există indicii rezonabile **în sensul că membrii Consultantului – care vor fi implicați în desfășurarea procedurii de atribuire** – au un interes ce poate fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența acestuia în contextul procedurii de atribuire.

[218] Conflictul de interese mai sus semnalat este total și iremediabil.

[219] Prin urmare, **am solicitat APIA să ia toate măsurile necesare pentru a remedia această situație și evita efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare,** inclusiv prin adoptarea de măsuri de încetare, revocare sau anulare a efectelor procedurii de atribuire privind Servicii de consultanță pentru evaluarea ofertelor" în favoarea Asocierii formată din ITeC SOLUTII INFORMATICE SRL și SIMBIOTIC SOLUTII INFORMATICE SRL, și, **în orice caz, prin împiedicarea imediată a accesului consultantului la actele Procedurii (inclusiv, dar fără a se limita la, oferta subscrisei).**

[220] APIA a transmis un răspuns la sesizările noastre, abia după primirea Notificării prealabile, declarând că a sesizat mai multe autorități publice competente, însă nu a primit un răspuns de la toate aceste autorități[36].

[221] Mai mult, prin răspunsul său, APIA arată că a solicitat Consultantului neîncadrarea în cazul de conflict de interese prevăzut de lege doar pentru o perioadă egală cu un an înainte de evaluarea ofertelor. Impunerea acestei limitări în verificarea conflictului de interese excede cadrului legal aplicabil și creează artificial și nelegal premisele manifestării acestui conflict de interese.

[222] Este prin urmare evident că procedura de evaluare este esențial viciată de existența unui conflict de interese nesancționat și chiar întreținut de către APIA.

4.4. Necesitatea anulării tuturor actelor subsecvente și reevaluării ofertelor cu respectarea principiului tratamentului egal

[223] Deși nu cunoaștem (din motive obiective) etapa în care procedura de evaluare se află, având în vedere nelegalitatea Actului atacat, solicităm că, o dată cu anularea acestuia, să fie anulate toate actele subsecvente acestuia, cu reluarea evaluării ofertei subscrisei și stabilirea rezultatului procedurii, cu luarea în considerare a acestei evaluări. În consecință, se impune anularea inclusiv a eventualului raport al procedurii sau a eventualelor comunicări privind rezultatul procedurii emise de dumneavoastră.

[224] Precizăm faptul că, prin Notificarea noastră prealabilă, am solicitat acordarea accesului la dosarul achiziției publice, în conformitate cu prevederile art. 217 din Legea nr. 98/2016, cu respectarea principiului transparenței și a dreptului nostru legitim la apărare, însă APIA nu ne-a răspuns la această solicitare.

4.5. Referitor la cererea de anulare a procedurii

[225] Având în vedere cele mai sus expuse, în eventualitatea în care nu veți aprecia că nu se impune dispunerea de măsuri de remediere cu privire la oferta subscrisei, ținând cont de faptul că ceilalți ofertanți din cadrul Procedurii se află în cazuri de excludere din procedură evidente, grave și iremediabile, apreciem că singura soluție care poate fi dispusă este anularea procedurii de atribuire, niciuna dintre oferte neputând fi considerată admisibilă – în interpretarea APIA, în

---

Adresa nr. 45112/07.11.2017 (Anexa nr. 8 la prezenta).

cazul ofertei noastre, și în interpretarea rezonabilă a legii, în cazul celorlalte oferte depuse în Procedură.

[226] Subscrisa am interesul legitim, în calitate de ofertant în Procedură, de a îmi fi evaluată oferta după aceleași criterii precum cele aplicabile celorlalte oferte. Or, dacă s-ar admite incidența unui caz de excludere în cazul ofertei subscrisei care este aplicabil și celorlalte oferte, este necesară aplicarea aceloraşi raţiuni în evaluarea acestora, în scopul respectării dreptului nostru la un tratament egal, fapt ce ar conduce automat la anularea procedurii, nemaifiind posibile măsuri de remediere.

În drept. Art. 196, 167 din Legea nr. 98/2016, prevederile HG 395/2016 și toate prevederile legale invocate în cuprinsul prezentei

Probe. Înscrisurile existente la dosarul achiziției, interogatoriul Autorității Contractante. Orice alte probe a căror necesitate ar reieși din dezbateri.

Anexe:

1. Actul atacat;
2. Adresa nr. 45276/09.11.2017;
3. Notificarea prealabilă nr. 7628/06.11.2017 și Anexele la aceasta;
4. Minuta Consiliului Concurenței;
5. Corespondența privind procedura de atribuire *"Servicii de mentenanță și administrare soft și bază de date, întreținere și rezolvarea incidentelor care pot apărea în utilizarea aplicațiilor IPA-ONLINE și LPISWEB"* organizată de APIA;
6. Practică relevantă;
7. Corespondența privind emiterea documentului constatator nr. 4917/31.07.2017;
8. Adresa nr. 45112/07.11.2017.

Domnului Preşedinte al

Tribunalului Bucureşti - Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal