

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: 10.06.2021

Prin contestația nr. 102/12.05.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24532/12.05.2021, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva adresei nr. 10973/04.05.2021 de comunicare a rezultatului procedurii, a raportului procedurii și a adresei nr. 11599/10.05.2021 și a procesului-verbal încheiat la data de 10.05.2021 la sediul entității contractante, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Reabilitare rețea transport apă Dn 800 ... din municipiul ...”, se solicită admiterea contestației, anularea adresei nr. 10973/04.05.2021 de comunicare a rezultatului procedurii, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente și conexe acestuia, reluarea și continuarea procedurii de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor pentru oferta declarată câștigătoare, precum și accesul la totalitatea documentele dosarului achiziției publice constituit la Consiliu și depunerea de concluzii scrise în conformitate cu art. 383 din NCPC.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 24928/13.05.2021, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., a formulat cerere de intervenție voluntară, prin care solicită respingerea contestației formulată de către ... ca neîntemeiată și obligarea acesteia la plata cheltuielilor ocazionate de formularea cererii de intervenție.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică modalitatea de evaluare a ofertei ... declarată câștigătoare, apreciind că aceasta trebuia respinsă ca inacceptabilă.

Contestatorul arată că prin adresa nr. 10973/04.05.2021, postată în SICAP la data de 05.05.2021, entitatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată necâștigătoare, clasându-se pe locul 2.

Analizând raportul procedurii, contestatorul a constatat că lucrarea de experiență similară prezentată de către societatea declarată câștigătoare nu corespunde sintagmei „lucrări similare”, formulată în cadrul fișei de date a achiziției, respectiv aceasta a prezentat, prin intermediul angajamentului de susținere al terțului susținătorului un contract care viza reabilitarea unei rețele de apă din conductă de fontă ductilă, nicidecum de PEID, așa cum prevede lucrarea supusă prezentei proceduri de atribuire.

... consideră că acceptarea acestui contract, în scopul demonstrării cerinței de experiență similară, denotă că modalitatea de evaluare a prezentei proceduri de atribuire, s-a realizat într-un mod arbitrar, prin încălcarea grava a legislației de specialitate, entitatea contractantă evaluând oferta declarată câștigătoare prin nesocotirea cerințelor impuse în documentația de atribuire.

Astfel, formularea din fișa de date *„ofertantul să facă dovada că în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertei, a dus la bun sfârșit lucrări similare privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm”*, este una clară, nelăsând loc de interpretări, cu atât mai puțin pentru entitatea contractantă, care la data elaborării documentației de atribuire a formulat aceste cerințe, pe care în procesul de evaluare le nesocotește, în detrimentul celorlalți ofertanți participanți.

Sintagma „lucrări similare” indică, fără echivoc, faptul că se impune prezentarea unui contract care să vizeze execuția unei lucrări cu conductă din PEID privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm. Tocmai tipul și diametrul conductei pot certifica achizitorul și pot califica ofertantul că are capacitatea și experiența necesară să execute, în mod conform și calitativ, lucrarea ce urmează să fie atribuită.

Contestatorul susține că tehnologia de îmbinare a conductelor de fontă este totalmente diferită de tehnologia de îmbinare a conductelor PEID, motiv pentru care contractul de experiență similară prezentat de către ofertantul declarat câștigător nu poate îndeplini cerința achizitorului „lucrări similare”.

Consultând literatura de specialitatea, contestatorul inserează câteva informații concludente, care evidențiază particularitățile total diferite ale celor două tehnologii de lucru, motiv pentru care o lucrare cu conductă din fontă nu poate fi niciodată similară cu una din PEID, respectiv tehnologie de îmbinare conducte fontă versus tehnologie de îmbinare conducte PEID.

Coroborând precizările de specialitate evidențiate mai sus, cu cerințele impuse în cuprinsul fișei de date cu privire la cerința de experiență similară, contestatorul apreciază că ofertantul declarat câștigător nu a demonstrat capacitatea tehnică și/sau profesională susținută de către terț susținător de a putea executa lucrarea ce i-a fost atribuită, motiv pentru care se impune declararea ofertei ca fiind inacceptabilă.

Pentru asigurarea respectării principiilor de achiziție, contestatorul solicită Consiliului să verifice dacă ofertantul ..., prin contractul prezentat, a făcut dovada îndeplinirii cerinței de experiența lucrări similare solicitata de către achizitor și a capacității tehnice de execuție a categoriilor de lucrărilor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Un alt motiv pe care ... își fondează contestația și pe care dorește să-l aducă în atenția Consiliului, este legat de faptul că entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 231 alin. (5) coroborat cu prevederile art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, în data de 07.05.2021, contestatorul a solicitat entității contractante să-i permită accesul la raportul procedurii de atribuire și la oferta clasată pe primul loc și declarată câștigătoare. A menționat în cadrul solicitării că, în situația în care oferta câștigătoare a fost însoțită de declarație de confidențialitate, să fie asigurat că aceasta respectă prevederile art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, în caz contrar, declarația de confidențialitate fiind netemeinică și lovită de nulitate.

În termenul legal, contestatorul a primit, prin adresa nr. 11599/10.05.2021, răspuns la solicitarea înaintată, prin intermediul căruia i s-a adus la cunoștință faptul că oferta declarată câștigătoare este însoțită de declarație de confidențialitate, motiv pentru care nu îi este permis accesul la oferta tehnico-financiară depusă de către ...

Contestatorul menționează că în răspunsul entității contractante nu a regăsit nicio precizare legată de întrebarea sa privitoare la existența dovezilor din cadrul ofertei declarate câștigătoare și care să le confere informațiilor indicate caracter de confidențialitate strict pentru elementele prevăzute expres de lege, cum ar fi: informații din propunerea tehnică și/sau fundamentări /justificări de preț /cost, date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau care sunt protejate de dreptul de proprietate intelectuală, motiv pentru care este îndreptățit să aprecieze faptul că ofertantul ... a depus o declarație de confidențialitate fără ca aceasta să fie însoțită de dovada care să îi confere caracterul de confidențialitate, dovadă ce ar fi trebuit să devină anexă la oferta, în caz contrar, nefiind aplicabile prevederile art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

În data de 10.05.2021, contestatorul arată că a fost invitat la sediul achizitorului, ocazie cu care i s-au pus la dispoziție de către membrii comisiei de evaluare, o serie extrem de limitată de documente ale ofertei declarate câștigătoare, documente evidențiate în cadrul procesului-verbal încheiat cu această ocazie.

Astfel, reprezentanții contestatorului au semnat cu obiecțiuni procesul verbal al întâlnirii, menționând că ar fi trebuit să li se permită acces la anumite elemente din cadrul propunerii tehnice declarate câștigătoare, cum ar fi fișele tehnice, pentru a se asigura principiul de transparență și ofertare unitară.

În continuare, contestatorul precizează că, tocmai pentru a preîntâmpina situațiile similare existente în materia achizițiilor publice, legiuitorul a modificat și completat în mod corespunzător Cap. III Reguli generale de participare și desfășurare a procedurilor de atribuire - Secțiunea a 3-a Confidențialitate din cadrul Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, particularizând categoriile de informații care pot avea caracter confidențial.

Contestatorul apreciază că entitatea contractantă i-a îngrădit în mod abuziv accesul la oferta declarată câștigătoare, încălcând principiul de transparență, deoarece singura informație pe care o are vis-a-vis de declarația de confidențialitate a ofertei declarate câștigătoare, se regăsește în cadrul raportului procedurii, la pag. 12 și care, din punctul său de vedere, nu reprezintă o dovada care să îi confere ofertei caracter confidențial, așa cum se solicită în mod expres în lege.

În afara lipsei dovezii de confidențialitate, pe care contestatorul a solicitat-o entității contractante, atât în scris, cât și verbal și care lipsește din oferta declarată câștigătoare în mod incontestabil și analizând precizările ofertantului cu privire la caracterul confidențial, nu se regăsește nicio referire cu privire la caracterul confidențial a cel puțin două cerințe (2-3) solicitate de către entitatea contractantă ca parte integrantă a propunerii tehnice, respectiv: *„2. Ofertantul va completa FIȘELE TEHNICE puse la dispoziție de către entitatea contractantă și va prezenta totodată FIȘELE TEHNICE ale principalelor materiale de la producători / furnizori, pe care le va pune în operă: Conductă polietilenă de înaltă densitate; Vană cu sertar cauciucat pentru apă potabilă, cu flanșe, cu acționare manuală; Hidranți subterani pentru incendiu; Cămin bransament cu instalație pentru apometru; Contor apă Dn25 pentru cămin apometru; Contor apă Dn50 pentru cămin apometru; Capac carosabil cămin de apometru; Aerisitor automat Dn 100 mm dublu efect;*

3. Ofertantul va completa listele cuprinzând cantitățile de lucrări (FĂRĂ valori) însoțite de fișele tehnice, completate cu propriile caracteristici.”

Totodată, contestatorul consideră că refuzul de a i-se permite accesul la documente suport care certifică îndeplinirea cerințelor inserate mai sus, din cadrul ofertei declarate câștigătoare, îi încalcă în mod grav drepturile conferite de lege și îi lezează interesele.

Cel puțin în cadrul acestor documente nu pot exista secrete tehnice, date cu caracter personal etc, deoarece completarea acestor documente s-a făcut după produse de larg consum existente pe piața liberă concurențială și la a căror informații poate avea acces oricine. Tipurile și caracteristicile principalelor materiale trebuie să respecte integral cerințele entității contractante. În această situație nu se poate vorbi despre secrete și confidențialitate, deoarece caracteristicile materialelor trebuie să fie transparente. Orice furnizor sau producător de materiale are ca scop comercializarea în masă a acestor produse, nicidecum interdicția de a face publice fișele și caracteristicile lor tehnice existente pe site-urile de specialitate sau în cataloagele de prezentare a respectivelor produse. Se înțelege, cel mult, obținerea unui preț diferit în virtutea unei relații de colaborare îndelungate cu respectivul/respectivii furnizori, motiv pentru care cu privire la acest element, contestatorul nu a invocat și nu emite pretenții.

Revine asupra solicitării formulate către entitatea contractantă de a i-se permite accesul la consultarea fișelor tehnice, deoarece cu privire la conținutul acestora nu poate exista niciun fel de interdicție.

În aceeași manieră, contestatorul susține și caracterul public al listelor de cantități fără valori, conform cerinței numărul 3 din cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice (pag. 8 - fișa de date). Accesul neîngrădit cel puțin la aceste documente demonstrează tuturor că evaluarea ofertelor s-a făcut în mod transparent și unitar, că entitatea contractantă a respectat propriile cerințe formulate în documentația de atribuire.

Modalitatea de evaluare a prezentei proceduri, s-a realizat într-un mod arbitral, prin încălcarea gravă a legislației de specialitate, entitatea contractantă evaluând oferta declarată câștigătoare prin nesocotirea cerințelor impuse în documentația de atribuire și a prevederilor legale, menținând caracterul confidențial „în bloc” al acestei oferte tehnico-economice, fără niciun motiv temeinic și legal.

În conformitate cu prevederile art. (2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, contestatorul apreciază că prin această conduită, entitatea contractantă a încălcat grav principiile esențiale în materia achizițiilor publice, motiv pentru care solicită Consiliului să verifice și să constate totalitatea susținerilor evidențiate mai sus, să îi recunoască drepturile încălcate, să îi permită, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul la totalitatea documentelor dosarului constituit la Consiliu, iar în situația în care constată că anumite decizii ale entității contractante sau anumite elemente ale ofertei declarate câștigătoare nu sunt conforme și nu respectă în totalitate cerințele formulate în cadrul documentației de atribuire, să i se permită formularea unor concluzii în conformitate cu art. 383 din NCPC, care să completeze în mod corespunzător contestația cu informații la care, în mod injust, i-a fost îngăduit accesul la momentul întocmirii prezentei contestații.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației și pe cale de consecință, anularea adresei nr. 10973/04.05.2021 de comunicare a rezultatului procedurii, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente și conexe acestuia, reluarea și continuarea procedurii de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor pentru oferta declarată câștigătoare, solicitând să se analizeze/verifice:

- îndeplinirea cerinței de experiență similară prevăzută în cadrul fișei de date prin care se solicită ca „ofertantul să face dovada că în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertei, a dus la bun sfârșit lucrări similare privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm - respectă integral caracterul de lucrări similare cu cele supuse prezentei proceduri de atribuire și demonstrează capacitatea tehnică de execuție a lucrărilor ce urmează să fie atribuite;

- îndeplinirea integrală a cerințelor solicitate în cadrul propunerii pentru a se putea certifica că oferta declarată câștigătoare este elaborată cu respectarea integrală a specificațiilor prevăzute în cadrul caietului de sarcini, iar fișele tehnice ale principalelor materiale sunt completate cu caracteristicile identice cu cele impuse de entitatea contractantă,

precum și accesul la totalitatea documentele dosarului achiziției publice constituit la Consiliu și depunerea de concluzii scrise în conformitate cu art. 383 din NCPC.

Prin punctul de vedere nr. 12655/17.05.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 25475/17.05.2021, ... solicită respingerea contestației ... ca nefondată, pentru următoarele motive:

În urma desfășurării procedurii și evaluării ofertelor, au fost declarate admisibile doar două oferte, pe locul I clasându-se oferta depusă de ..., așa cum rezultă din raportul procedurii publicat în SICAP la data de 05.05.2021. În data de 07.05.2021, din partea ... s-a primit solicitarea (înregistrată sub nr. 11422/07.05.2021) pentru accesul la raportul procedurii, respectiv la oferta clasată pe primul loc și declarată câștigătoare.

Prin adresa nr. 11599/10.05.2021, entitatea contractantă a permis accesul la dosarul achiziției publice, în data de 10.05.2021, orele 14:00-15:00, însă doar la acele documente care, în baza art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost - declarate de ofertant că fiind confidențiale. În urma ședinței, prin care ofertantului ... i-a fost permis accesul la dosar, s-a încheiat procesul-verbal din 10.05.2021.

Astfel, împotriva raportului procedurii, a deciziei comisiei de evaluare nr. 10973/04.05.2021 și a procesului-verbal încheiat în data de 10.05.2021, ... a formulat contestație.

I. Referitor la contestarea neîndeplinirii de către ofertantul câștigător a cerinței privind experiența similară:

1. În fișa de date a achiziției, la punctul III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională s-a solicitat *„Ofertantul vă face dovada că în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertei, a dus la bun sfârșit lucrări similare privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm.”*

Având în vedere faptul că nu se impune nicăieri în documentația de atribuire că experiența similară să fie constituită și demonstrată prin punerea în operă strict a conductelor de PEID, entitatea contractantă consideră că la acest moment contestarea cerinței privind experiența similară, este tardivă, întrucât contestatorul avea posibilitatea contestării acestei cerințe prin contestarea documentației de atribuire, în condițiile Legii nr. 101/2016.

2. În art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, se precizează următoarele *„(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.”*

Analizând acestea și având în vedere complexitatea lucrării ce urma a fi atribuită, s-a apreciat că orice cerință a entității contractante privitoare la demonstrarea experienței similare prin punerea în opera strict a conductelor de PEID, ar fi dus la restrângerea competiției și totodată la încălcarea prevederilor instrucțiunii.

Criteriile de calificare și selecție privind atribuirea contractelor de achiziție publică au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și

organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedura de atribuire.

Criteriile de calificare și selecție publicate în anunțul de participare trebuie să fie aceleași cu cele precizate în documentația de atribuire.

Atât fonta ductilă, cât și PEID reprezintă tipuri de conductă de transport/aducțiune de apă folosite în mod curent pe piața de specialitate, neexistând vreun impediment al executanților de lucrări în domeniu privind îmbinarea unuia sau celuilalt tip de conductă.

Calea de stabilire a eficienței lucrărilor de reabilitare constituie apanajul analizei de re tehnologizare a sistemului de alimentare cu apă realizat de autoritatea contractantă, ofertanții neavând nicio prerogativă de a analiza complexitatea și eficiența unei tehnologii în fața alteia, ci doar să răspundă ferm cerințelor explicite ale autorității contractante.

Experiența similară în domeniul reabilitării unei conducte de transport apă reprezintă un cumul de condiții obiective organizatorice și tehnice care vizează executarea lucrărilor necesare, iar invocarea de către contestator a tehnologiilor diferite de îmbinare, pe care le comportă fonta ductilă și PEID, nu prezintă nicio relevanță pentru susținerea disertației sale cu privire la conceptul de experiență similară în accepțiunea sa.

Astfel, entitatea contractantă apreciază în continuare că cerința privind experiența similară este îndeplinită de către ofertantul declarat câștigător.

II. Referitor la contestarea privind îndeplinirea integrală de către ofertantul câștigător a cerințelor din caietul de sarcini și din fișele tehnice:

Comisia de evaluare a analizat cu temeinicie conținutul ofertei declarată câștigătoare și consideră că propunerea tehnică respectă în totalitate prevederile caietului de sarcini și totodată fișele tehnice ale principalelor materiale au fost completate în conformitate cu cerințele impuse de către entitatea contractantă, ofertantul probând totodată aceste cerințe și prin documente de la producători.

În ceea ce privește petitul doi, prin care contestatorul solicită Consiliului a interveni pentru verificarea îndeplinirii de către ofertantul declarat câștigător a cerinței de experiență similară, astfel cum este aceasta precizată în fișa de date, entitatea contractantă apreciază că C.N.S.C. nu are vreo astfel de competență statuată de Legea nr. 101/2016.

III. Referitor la cele menționate de contestator privind îngrădirea, în mod injust, a accesului la totalitatea documentelor din dosarul achiziției publice:

Entitatea contractantă face precizarea că ofertantul câștigător a completat Formularul nr. 12 - Declarație cuprinzând informațiile considerate confidențiale, prin intermediul căruia a demonstrat motivat, în baza art. 70 din Legea nr. 99/2016, caracterul confidențial al propunerii tehnice, al propunerii financiare și al răspunsurilor la clarificări, justificat pe de-o parte de protecția drepturilor de proprietate intelectuală asupra conceptelor proprii privind soluțiile tehnice adoptate metodologiei pentru realizarea lucrării și programului de lucru propus, care reprezintă opera cu caracter științific și, pe de altă parte, de caracterul confidențial al prețurilor negociate cu furnizorii declarat expres în procesul de negociere.

Invocarea de către contestator a vreunei încălcări din partea entității contractante a transparenței în ceea ce privește accesul la documentele dosarului de achiziție publică, nu poate fi acceptată și nu este susținută de

propria sa conduită procedurală, de vreme ce ea însăși a procedat în aceeași manieră de a securiza în bloc, integral, toate informațiile cuprinse în oferta sa. Așadar, acesta nu poate, în mod discreționar, să solicite aplicarea prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016 în ce privește accesul la toate documentele din dosarul achiziției publice.

Drept urmare, contestatorului i-a fost permis accesul de către entitatea contractantă doar la acele documente care, în baza art. 231 alin. (6), nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost - declarate de ofertant ca fiind confidențiale, respectiv garanția de participare, DUAЕ (subcontractanți și terț) și documentele depuse în susținerea celor declarate în DUAЕ (subcontractanți și terț), împuterniciri, adresa nr. 268/06.04.2021 și răspuns nr. 8817/08.04.2021, exceptând informațiile care fac referire la date cu caracter personal conform Regulament (UE) 2016/679 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor).

Entitatea contractantă consideră că accesul la dosarul achiziției publice s-a efectuat în limitele prevăzute de legislația în vigoare și accesul la oricare din informațiile declarate confidențiale ar fi fost o încălcare a prevederilor art. 70 din Legea nr. 99/2016.

Având în vedere cele expuse, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii din raportul procedurii nr. 10850/28.04.2021 și comunicat ofertanților prin adresele nr. 10970/04.05.2021, nr. 10973/04.05.2021 și nr. 10975/04.05.2021, împreună cu toate actele subsecvente și conexe rezultate în baza raportului procedurii.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 24928/13.05.2021, ..., a formulat cerere de intervenție voluntară, prin care solicită respingerea contestației formulată de către ... ca neîntemeiată și obligarea acesteia la plata cheltuielilor ocazionate de formularea cererii de intervenție, raportat la următoarele considerente:

I. Cu titlu de chestiune prealabilă, intervenientul solicită Consiliului să verifice în ce măsură contestatorul a făcut dovada constituirii cauțiunii în valoare de 88.000 lei, prevăzută de art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, astfel încât acesta și autoritatea contractantă să poată recupera prejudiciile cauzate de tergiversarea atribuirii contractului prin efectul contestației depuse.

II. Pe fond, intervenientul solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Intervenientul arată că ... critică declararea drept câștigătoare a ofertei sale, sub două aspecte, solicitând Consiliului să verifice îndeplinirea cerinței experienței similare și îndeplinirea integrală a cerințelor din caietul de sarcini și din fișele tehnice.

1. În ceea ce privește prima critică, contestatorul susține că oferta intervenientului nu ar îndeplini cerința privind experiența similară, deoarece a invocat drept experiență un contract privind conducte din fontă ductilă, iar nu din PEID, cum vor fi cele realizate în cadrul prezentului proiect.

Argumentul contestatorului este vădit neîntemeiat, aceasta aflându-se într-o gravă confuzie.

Astfel, potrivit pct. III. 1.3.a) din fișa de date a achiziției, ofertații trebuie să facă dovada că au executat lucrări similare privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființarea și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari de 630 mm.

Niciunde în documentația de atribuire nu se impune ca experiența similară să fie constituită din lucrări privitoare la conducte PEID sau ca experiența să fie identică.

Pe de altă parte, a impune ofertanților să facă dovada realizării unor lucrări la conducte din același material cu cel al conductelor ce fac obiectul licitației, ar transforma cerința experienței similare într-o cerință de experiență identică. Or, potrivit art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017, nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.

Prin urmare, indiscutabil, cerința experienței similare este îndeplinită și prin dovada unor lucrări la rețele de apă din alt material decât cel al rețelelor ce fac obiectul licitației. De altfel, este îndeobște cunoscut și faptul că rețelele realizate din conducte de fontă sunt superioare celor realizate din conducte PEID, deci, din orice perspectivă s-ar privi, motivul invocat de contestator este vădit neîntemeiat.

2. Prin cel de-al doilea motiv, contestatorul solicită Consiliului să analizeze/verifice îndeplinirea integrală de către oferta câștigătoare a cerințelor din caietul de sarcini și din fișele tehnice.

O astfel de solicitare generică, prin care nu se critică niciun aspect concret al ofertei în raport cu legislația incidentă, este inadmisibilă, în aprecierea ...

În soluționarea contestațiilor cum este ce de față, atribuțiile C.N.S.C. sunt acelea de a verifica legalitatea și temeinicia modalității de evaluare a ofertelor strict prin prisma și în limita motivelor de neconformitate/inacceptabilitate invocate în cuprinsul contestațiilor. Sub nicio formă, prin formularea unei contestații, Consiliul nu poate fi investit cu o verificare extensivă a ofertei contestate, care este strict atributul comisiei de evaluare.

Altfel spus, Consiliul poate doar să verifice temeinicia și legalitatea măsurilor adoptate DE comisiile de evaluare, prin raportare strictă la motivele de contestație, dar, sub nicio formă, nu se poate pune în postura comisiei de evaluare pentru a realiza o verificare generală a ofertei, cu atât mai mult cu cât nu s-au indicat critici punctuale cu privire la aceasta.

III. În ceea ce privește afirmațiile pe care le face contestatorul cu privire la faptul că autoritatea contractantă i-ar fi îngrădit, injust, accesul la totalitatea documentelor dosarului

Cu privire la aceste aspecte, intervenientul le apreciază ca fiind nefondate și, în acest sens, arată că autoritatea contractantă a permis ofertantului accesul la documentele dosarului, mai puțin la cele declarate și

dovedite ca fiind confidențiale, informații care, potrivit legislației achizițiilor, nu pot fi făcute publice.

În acest sens, intervenientul arată că a depus Formularul nr. 13, prin care a declarat propunerea tehnică și financiară ca fiind confidențiale, deoarece, pe de-o parte, acestea conțin concepte proprii privind soluțiile tehnice adoptate, care ar putea fi copiate și folosite în scop personal de alți operatori economici (chiar în detrimentul său în cadrul participării la alte licitații), iar, pe de altă parte, informațiile legate de prețuri, produse și specificațiile tehnice ale acestora i-au fost puse la dispoziție de diverși furnizori, care i-au pus în vedere că aceste informații sunt destinate strict acesteia și nu pot fi aduse la cunoștința altor operatori economici, pentru că aceasta ar putea periclita eventualele negocieri purtate cu aceștia. De altfel, în dovedirea caracterului confidențial al ofertei, s-au depus documente justificative.

Astfel, accesul la documentele dosarului s-a făcut în limitele prevăzute de legislația aplicabilă, context în care cele invocate de contestator sunt lipsite de sustenabilitate.

Referitor la solicitarea contestatorului de a i se permite accesul la toate documentele dosarului constituit la C.N.S.C. și să depună concluzii scrise în temeiul art. 383 din Codul de procedură civilă, intervenientul arată că art. 19 din Legea cu nr. 101/2016 prevede dreptul de acces la dosar, mai puțin în ceea ce privește documentele declarate și dovedite ca fiind confidențiale, or, după cum s-a arătat mai sus, ... a indicat și dovedit caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare și nu își exprimăm acordul de a se da acces la acestea.

Pe de altă parte, în privința depunerii de concluzii scrise, trebuie observat că acest drept este prevăzut de legislația specială, respectiv art. 21 din Legea nr. 101/2016 (nefiind aplicabile prevederile generale ale Codului de procedură civilă), numai că alin. (3) al acestui text legal interzice prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale, context în care, intervenientul solicită respingerea ca inadmisibile a oricăror motive/capete de cerere noi invocate pe calea eventualelor concluzii.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ..., cu cheltuieli de judecată și, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, solicită accesul la documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 105/17.05.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 25406/17.05.2021, ... transmite Precizare, față de și împotriva cererii de intervenție voluntară formulată de către ..., cu privire la contestația depusă și în urma analizării documentelor din dosarul prezentei cauze, solicitând să se constate netemeinicia acestei intervenții.

Pe cale de excepție, contestatorul solicită respingerea cererii intervenientului deoarece, prin cererea depusă nu s-a solicitat Consiliului admisibilitatea acesteia, documentul depus neîntreținând toate elementele statuate de lege.

Pe lângă acest fapt, față de cererea formulată de ... și în urma analizării acesteia, trebuie avut în vedere faptul că intervenientul nu a lămurit dacă cererea înaintată este una principală sau accesorie, întrucât exprimarea este una lacunară și nu răspunde cerinței legale privind motivarea în drept.

Din exprimarea motivelor în fapt și prin prisma textului de lege care definește intervenția în cadrul unui proces, respectiv art. 61 alin. (2), art. 62-67 Cod procedură civilă, intervenientul - fiind declarat câștigător - a depus o cerere principală de intervenție în nume propriu. Cererea depusă este una principală, reglementată de art. 62 alin. (1), întrucât intervenientul *„pretinde pentru sine, în tot sau în parte. dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de aceasta”*, fiind o adevărată cerere de chemare în judecată, fără să întrunească toate condițiile impuse de lege, inclusiv depunerea unei cauțiuni.

Conform practicii judiciare în materia achizițiilor publice, câștigătorii procedurilor nu pot formula decât cereri de intervenție accesorie în favoarea entității contractante.

Față de cele mai sus arătate, pe cale de excepție, contestatorul solicită respingerea cererii de intervenție ca fiind inadmisibilă, iar în subsidiar, după analizarea contestației depuse și completată prin prezenta, să se dispună:

- anularea deciziei de desemnare a câștigătoarei licitației, comunicată prin adresa nr. 10973/04.05.2021 și implicit anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente și conexe rezultate în baza raportului procedurii;

- reluarea și continuarea procedurii de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor pentru oferta declarată câștigătoare, solicitând analizarea/verificarea:

- îndeplinirii cerinței de experiență similară prevăzută în cadrul fișei de date, prin care se solicită ca *„ofertantul să facă dovada că în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertei, a dus la bun sfârșit lucrări similare privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm”*, respectă integral caracterul de lucrări similare cu cele supuse prezentei proceduri de atribuire și demonstrează capacitatea tehnică de execuție a lucrărilor ce urmează să fie atribuite;

- îndeplinirea integrală a cerințelor solicitate în cadrul propunerii pentru a se putea certifica că oferta declarată câștigătoare este elaborată cu respectarea integrală a specificațiilor prevăzute în cadrul caietului de sarcini, iar fișele tehnice ale principalelor materiale sunt completate cu caracteristicile identice cu cele impuse de entitatea contractantă;

- permiterea, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesului la totalitatea documentelor dosarului constituit la Consiliu, documente la care la data prezentei a fost îngrădit în mod injust, iar ulterior să se permită și să se accepte depunerea de concluzii scrise, în conformitate cu art. 383 din NCPC.

Pe fondul cauzei, contestatorul evocă următoarele:

Referitor la constituirea cauțiunii, acesta arată că a depus în original dovada îndeplinirii acestei obligații, în conformitate cu prevederile art. 61¹ (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

1. Privitor la netemeinicia modalității de îndeplinire a cerinței de experiență similară, își menține integral susținerile evidențiate în cadrul contestației.

În concluzie, ofertantul declarat câștigător (prin terț susținător), nu a făcut dovada îndeplinirii experienței similare și a capacității tehnice de

execuție vis-a-vis de exigențele contractului în realizarea unei lucrări cu conductă din PEID, ceea ce echivalează cu descalificarea lui din acest considerent.

2. Privitor la respingerea contestației ca inadmisibilă, formulată de către intervenient, contestatorul subliniază faptul că nu a cerut Consiliului să-și depășească atribuțiile printr-o verificare extensivă a ofertei contestate. Nu a însărcinat Consiliul să efectueze o cercetare în integritate a ofertei declarate câștigătoare, ci să se pronunțe cu privire la motivele de nelegalitate și netemeinicie apreciate și arătate în cuprinsul contestației.

Astfel, s-a solicitat CNSC să verifice dacă entitatea contractantă, în procesul de evaluare, a respectat propriile cerințe formulate în cadrul documentației de atribuire și dacă evaluarea s-a realizat cu respectarea principiilor statuate în materia achizițiilor publice. În acest sens, în cadrul contestației s-au evidențiat cel puțin două cerințe din fișa de date, care din punctul său de vedere nu au fost îndeplinite/evaluate în mod corespunzător, respectiv îndeplinirea cerinței de experiență similară și a propunerii tehnice.

Cu privire la cel de-al doilea punct, respectiv propunerea tehnică, contestatorul precizează că a arătat, prin dovezi incontestabile, că entitatea contractantă i-a încălcat în mod abuziv dreptul conferit de lege.

Pentru a putea obliga entitatea contractantă să reia și să continue procedura de atribuire, este necesar ca CNSC să verifice/analizeze relevanța motivelor invocate de contestator și, pe cale de consecință, să dispună în mod corespunzător.

3. Cu privire la petitul nr. 3, se menționează că susținerile intervenientului sunt netemeinice și nelegale

Astfel, declarația de confidențialitate depusă de intervenient nu poate securiza „în bloc” oferta tehnico-economică, acest fapt fiind nelegal, legiuitorul prevăzând în mod clar și fără echivoc în cadrul Cap. III Reguli generale de participare și desfășurare a procedurilor de atribuire - Secțiunea a 3-a Confidențialitate din cadrul Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, categoriile de informații care pot avea caracter confidențial, respectiv *„Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”*.

Așa cum s-a susținut și în cadrul contestației, intervenientul nu a prezentat anexa la oferta depusă, în cuprinsul căreia să justifice în conformitate cu prevederile legii, elementele protejate de confidențialitate, certificând prin cererea de intervenție că a depus doar Formularul nr. 13.

Cu privire la acest capăt de cerere, refuzul entității contractante de a permite accesul la oferta declarată câștigătoare, este unul netemeinic și nelegal, abuziv și încalcă dreptul conferit de lege participanților în respectiva procedura de atribuire.

În concluzie, ... precizează că își menține solicitarea formulată, de a i-se permite, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul la totalitatea documentelor dosarului constituit la Consiliu (întrucât declarația de confidențialitate nu respectă prevederile art. 70 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, fiind astfel lovită de nulitate), iar ulterior să se permită

depunerea de concluzii scrise, care să susțină motivele deja invocate în contestație.

4. În ceea ce privește cheltuielile de judecată invocate de către ..., contestatorul solicită respingerea acestui capăt de cerere, întrucât acesta nu are calitate procesuală în cadrul acestui diferend supus soluționării de către Consiliu. Mai mult de atât, intervenientul, în nicio situație nu poate pretinde cheltuieli de judecată, întrucât cel mult sprijină apărarea entității contractante.

Față de cele arătate mai sus, ... solicită C.N.S.C. respingerea cererii de intervenție a ... ca inadmisibilă și admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliu cu nr. 28831/03.06.2021, ... transmite Concluzii Scrise, pe calea căroră solicită respingerea contestației formulate de ... și obligarea sa la plata cheltuielilor ocazionate de formularea cererii de intervenție, raportat la următoarele considerente sintetizate:

I. Referitor la excepția inadmisibilității cererii de intervenție, invocată de contestator, se solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Deși motivele invocate de contestator în susținerea excepției sunt confuze, se poate, totuși, observa că, ceea ce se invocă, este faptul că nu s-ar fi solicitat „admisibilitatea cererii” și nu s-ar fi depus cauțiune.

Față de această situație, intervenientul arată că cererea de intervenție a fost întemeiată pe prevederile art. 17 alin. (3) din Legea cu nr. 101/2016, iar, raportat la conținutul său, prin care se solicită respingerea contestației și menținerea actelor prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare, este evident că este vorba de o cerere de intervenție accesorie, pentru care nu este necesară depunerea vreunei cauțiuni.

De altfel, nicio prevedere legală nu impune a se solicita „admisibilitatea cererii”, astfel că argumentele contestatorului sunt lipsite de orice fundament.

II. Pe fond, se solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

1. În ceea ce privește prima critică, referitoare la neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, se precizează că aceasta este lipsită de orice urmă de sustenabilitate.

Așa cum intervenientul a arătat, potrivit pct. III.1.3.a) din fișa de date a achiziției, ofertații trebuie să facă dovada că au executat lucrări similare privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființarea și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari de 630 mm.

Niciunde în documentația de atribuire nu se impune ca experiența similară să fie constituită din lucrări privitoare la conducte PEID sau ca experiența să fie identică.

Pe de altă parte, a impune ofertanților să facă dovada realizării unor lucrări la conducte din același material cu cel al conductelor ce fac obiectul licitației, ar transforma cerința experienței similare într-o cerință de experiență identică. Or, potrivit art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017, *„nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se*

restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.”

Prin urmare, cerința experienței similare este îndeplinită și prin dovada unor lucrări la rețele de apă din alt material decât cel al rețelilor ce fac obiectul licitației. De altfel, este îndeobște cunoscut și faptul că rețelele realizate din conducte de fontă sunt superioare celor realizate din conducte PEID, deci, din orice perspectivă s-ar privi, motivul invocat de contestator este vădit neîntemeiat.

2. Referitor la cel de-al doilea motiv, se arată că acesta este inadmisibil și nefondat.

Pe calea acestui motiv, contestatorul solicită Consiliului să analizeze/verifice îndeplinirea integrală de către oferta ... a cerințelor din caietul de sarcini și din fișele tehnice. O astfel de solicitare generică, prin care nu se critică niciun aspect concret al ofertei în raport cu legislația incidentă, este inadmisibilă.

În soluționarea contestațiilor, cum este cea de față, atribuțiile C.N.S.C. sunt acelea de a verifica legalitatea și temeinicia modalității de evaluare a ofertelor strict prin prisma și în limita motivelor de neconformitate/inacceptabilitate invocate în cuprinsul contestațiilor. Sub nicio formă, prin formularea unei contestații, Consiliul nu poate fi investit cu o verificare extensivă a ofertei contestate, care este strict atributul comisiei de evaluare.

Pe de altă parte, astfel cum a precizat și autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere transmis, aceasta a realizat o verificare temeinică a ofertei ..., în urma căreia a constatat că aceasta este conformă și admisibilă.

În continuare, intervenientul solicită Consiliului să observe că a susținut și dovedit caracterul confidențial al ofertei sale, context în care accesul contestatorului la dosarul achiziției publice s-a făcut în mod legal.

Față de această situație, raportat la prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, ... solicită C.N.S.C. respingerea ca inadmisibile a oricăror motive/capete de cerere noi invocate de contestator pe calea eventualelor concluzii, cu atât mai mult cu cât acesta nu a formulat niciun fel de cerere de repunere în termen în acest sens.

Prin adresa nr. 122/07.06.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 29341/07.06.2021, ... transmite Concluzii scrise, solicitând și pe această cale, admiterea contestației așa cum aceasta a fost formulată și precizată, iar în urma analizării documentelor din dosarul achiziției publice, să se dispună:

- admiterea excepției împotriva intervenientului ..., așa cum aceasta a fost formulată și motivată în precizările depuse prin adresa nr. 105/17.05.2021 și respingerea cererii de intervenție ca fiind inadmisibilă;

- anularea deciziei de desemnare a câștigătoarei licitației, comunicată prin adresa nr. 10973/04.05.2021 și implicit anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente și conexe rezultate în baza raportului procedurii;

- reluarea și continuarea procedurii de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, pentru oferta declarată câștigătoare solicitându-se să se analizeze/verifice:

(i) îndeplinirea cerinței de experiență similară prevăzută în cadrul fișei de date, prin care se solicită ca *„ofertantul să facă dovada că în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertei, a dus la bun sfârșit lucrări similare privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm”*, respectă integral caracterul de lucrări similare cu cele supuse prezentei proceduri de atribuire și demonstrează capacitatea tehnică de execuție a lucrărilor ce urmează să fie atribuite;

(ii) îndeplinirea integrală a cerințelor solicitate în cadrul propunerii pentru a se putea certifica că oferta declarată câștigătoare este elaborată cu respectarea integrală a specificațiilor prevăzute în cadrul caietului de sarcini, iar fișele tehnice ale principalelor materiale sunt completate cu caracteristicile identice cu cele impuse de entitatea contractantă.

Pe cale de excepție, contestatorul arată că își menține petitul privitor la respingerea intervenției ofertantului declarat câștigător ..., pe cale de excepție, întrucât, în conformitate cu prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 61 alin. (2) și (3) din Legea nr. 134/2010, această intervenție întrunește toate condițiile unei intervenții principale și implicit trebuie să respecte toate condițiile impuse de lege, inclusiv depunerea unei cauțiuni.

Față de cele mai sus arătate, pe cale de excepție, contestatorul solicită respingerea cererii de intervenție ca fiind inadmisibilă.

Pe fondul cauzei, contestatorul evocă următoarele:

Privitor la petitele 1 și 2 din contestația formulată, își menține integral cele solicitate, argumentate și precizate.

Se reiterează faptul că, prin contestația depusă, nu s-a solicitat Consiliului să își depășească atribuțiile printr-o verificare extensivă a ofertei contestate. Contestatorul nu a însărcinat Consiliul să efectueze o cercetare în integritate a ofertei declarate câștigătoare, ci să se pronunțe cu privire la motivele de nelegalitate și netemeinicie apreciate și arătate în cuprinsul contestației la petitul nr. 2. Pentru a putea obliga entitatea contractantă să reia și să continue procedura, este necesar ca C.N.S.C. să verifice/analizeze relevanța motivelor invocate de contestator și, pe cale de consecință, să se dispună în mod corespunzător.

Privitor la petitul 3, acesta a rămas fără obiect.

Privitor la petitul 4, cheltuielile de judecată invocate de către ..., se reiterează cele menționate în cadrul precizărilor transmise prin adresa nr. 105/17.05.2021, respectiv respingerea acestui capăt de cerere pentru motivele arătate în respectivul document.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea cererii de intervenție ca inadmisibilă, iar pe cale de consecință, admiterea contestației așa cum a fost formulată și precizată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „Reabilitare rețea transport apă Dn 800 ... din municipiul ...”, cod

CPV 45232150-8 – Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 5.208.394,19 lei, fără TVA.

În cuprinsul procesului-verbal nr. 3043/11.02.2021 de vizualizare în SEAP a ofertelor depuse la procedura online, s-a consemnat faptul că 3 operatori economici au depus oferte, dintre aceștia fiind și ..., contestatorul din prezenta cauză.

Potrivit raportului procedurii nr. 10850/28.04.2021, oferta depusă de către ... a fost declarată câștigătoare, cu suma de 4.695.549,56 lei fără TVA.

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a fost transmisă de către entitatea contractantă către contestatorul ... prin adresa nr. 10973/04.05.2021, împotriva rezultatului procedurii fiind formulată prezenta contestație ce vizează rezultatul clasamentului realizat în urma aplicării criteriului de atribuire stabilit prin documentația de atribuire, criticile vizând inadmisibilitatea ofertei situată pe primul loc în clasament, depusă de către ...

În soluționare, Consiliul are în vedere faptul că un prim aspect criticat de către ... vizează caracterul declarat confidențial al ofertei depusă de către ..., aspect considerat de contestator ca fiind excesiv și nedovedit, fapt ce a condus la imposibilitatea societății sale de a avea acces, nejustificat de către achizitoare, la oferta ... iar un alt doilea aspect vizează caracterul inadmisibil al ofertei ..., în condițiile în care, în opinia contestatorului, ofertantul ... nu a îndeplinit cerința minimă de calificare privind experiența similară.

Totodată, Consiliul are în vedere că după depunerea contestației de către ..., s-a formulat cerere de intervenție voluntară de către ..., prin care a solicitat respingerea contestației formulată de către ... ca neîntemeiată și obligarea acesteia la plata cheltuielilor ocazionate de formularea cererii de intervenție.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ..., având în vedere faptul că interesul acestui ofertant, este evident, ofertantul intervenient urmărind conservarea dreptului de câștigător al procedurii, Consiliul o admite în principiu și, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., o califică drept cerere de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Referitor la excepțiile invocate de către contestatorul ..., Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2916, modificată, conform căroră *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”* și se va pronunța cu prioritate asupra excepțiilor invocate, astfel:

Referitor de excepția inadmisibilității cererii de intervenție formulată de către ..., excepție invocată de către contestatorul ..., care consideră că obligația imperativă instituită de lege privind quantumul constituirii cauțiunii, a fost încălcată, intervenientul neîndeplinindu-și această obligație odată cu formularea cererii sale, cu încălcarea dispozițiilor art. 61¹ din Legea

101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul reține faptul că, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 28860/03.06.2021, intervenientul a transmis răspunsul său la excepțiile invocate de contestator.

Așadar, în speță, Consiliul constată că Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, reglementează normele de procedură aplicabile căilor de atac formulate în materia achizițiilor publice, respectiv prevederile art. 61¹ reglementează cerința constituirii cauțiunii aferentă contestației, neaplicându-se și asupra cererilor de intervenție.

Totodată, Consiliul apreciază că prevederile O.G. nr. 20/2013 privind taxele judiciare de timbru datorate pentru soluționarea acțiunilor și cererilor adresate instanțelor judecătorești, nu sunt aplicabile prezentei spețe.

Or, în condițiile în care legislația în materia achizițiilor publice nu instituie obligația constituirii cauțiunii pentru intervenient, această nu poate fi extinsă, susținerile contestatorului sub acest aspect fiind neîntemeiate, motiv pentru care Consiliul respinge excepția invocată de către ..., referitoare la excepția inadmisibilității cererii de intervenție formulată de către ... pentru neconstituirea cauțiunii prevăzută la art. 61¹ din Legea 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Referitor de excepția inadmisibilității, în principiu, a cererii de intervenție formulată de către ..., excepție invocată de către contestatorul ..., deoarece aceasta nu reprezintă o cerere de intervenție principală, în sensul prevederilor art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă, având în vedere faptul că interesul acestui ofertant, este evident, acesta urmărind conservarea dreptului de câștigător al procedurii, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., Consiliul o califică drept cerere de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă și respinge respectiva excepție.

Pe fondul cauzei, procedând la soluționarea contestației formulată de către ..., prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere faptul că, un prim aspect criticat de către ... vizează caracterul declarat confidențial al ofertei depusă de către ..., aspect considerat de contestator ca fiind excesiv și nedovedit, fapt ce a condus la imposibilitatea societății sale de a avea acces, nejustificat de către achizitoare, la oferta ...

În ceea ce privește aspectul contestat legat de refuzul entității contractante și a Consiliului de a-i permite ofertantului contestator accesul integral la dosarul achiziției publice, motivat de faptul că ..., a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare, a declarat, la data depunerii ofertelor, că o serie de documente (toate informațiile din propunerea tehnică și financiară, inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificări) sunt confidențiale, ținând seama și de faptul că, în cadrul contestației formulate, ... a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform căroră „*La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau*

comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

Consiliul a constatat faptul că în cadrul propunerii tehnice depuse, la pag. 553, ... a indicat, ca fiind confidențiale toate documentele/informațiile din propunerea tehnică și financiară, inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificări.

Se are în vedere că prin contestația nr. 102/12.05.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24532/12.05.2021, ... a solicitat Consiliului accesul la dosarul achiziției publice, acesta dând curs solicitării prin adresa nr. 28005/1162/C7/31.05.2021, invitându-l pe ofertantul contestator la sediul său, la data de 02.06.2021, pentru a studia dosarul achiziției publice și în care s-a precizat faptul că *„având în vedere că ... și-a declarat confidențiale informațiile din propunerea tehnică și financiară, precum și răspunsurile la solicitările de clarificări, în situația în care doriți studierea respectivelor documente, trebuie să obțineți acordul scris al acesteia, conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.”*

Raportat la solicitarea ..., Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 19 alin. (1) și (3) din cadrul Legii nr. 101/2016 potrivit cărora *„La cerere, părțile au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu (...), cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”*, respectiv *„În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți”*.

De asemenea, Consiliul are în vedere că la art. 70 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, sunt prevăzute următoarele: *„Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea entității contractante, entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale, întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”,* în timp ce la art. 231 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 *„Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției sectoriale are caracter de document public”,* iar alin. (5) din cadrul aceluiași aliniat se stipulează că *„Accesul persoanelor la dosarul achiziției sectoriale potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau*

fundamentările/ justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 70 alin. (4), ca fiind confidențiale, potrivit legii”.

La nivel național, tema confidențialității ofertelor depuse în procedurile de achiziție publică este reglementată, cu titlu general, prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și normele sale de punere în aplicare, Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale și normele sale de punere în aplicare și 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.

Liberul acces la informații de interes public este garantat, fără a fi însă un drept / o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes publică comportă limitări. Astfel, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale (secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor).

Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

Legiutorul a reglementat, cu titlu de principiu - *de plano*, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Fără a nega sau încălca prevederile principiului transparenței, în procesul de achiziție publică/sectorială această aplicare a sa, *de plano*, fără o analiză apriorică fundamentată, în caz contrar, contracandidații ar intra în posesia unor informații sensibile și extrem de importante pe care le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, entitatea a cărei ofertă va fi făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Astfel, prin simpla invocare a principiului transparenței, nu se poate crea un avantaj sau/și oferirii datelor vitale din sistemul de producție a unui ofertant, unui contracandidat în procedură.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială intră în competiție concurenți de pe aceeași piață și implicit cu interese contrarii. Într-un astfel de context, informațiile confidențiale au o valoare extrem de importantă, rațiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziție publică în cauză.

Așadar, este perfect justificată menționarea ca și confidențiale a unor informații a căror dezvăluire ar putea prejudicia ofertanții, în special a acelor incluse în ofertele tehnice. Acest aspect, este tratat și de legiutor, care protejează, *de plano*, în etapa contestației, informațiile cuprinse în propunerile tehnice, condiționând accesul la propunerile tehnice de acordul expres al ofertantului în cauză.

În concluzie, în vederea respectării dreptului la confidențialitate, legea însăși limitează aplicarea principiului transparenței, unul dintre principiile fundamentale din domeniul achizițiilor publice.

Potrivit jurisprudenței CJUE (Hotărârea Curții din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, Varec SA c. Etat belge, în prezenta Diehl Remscheid GmbH & Co), în etapa căilor de atac, obligația de respectare a confidențialității

informațiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac - CNSC, acesta din urmă fiind obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici.

Orice decizie și motivare contrară din partea CNSC ar crea precedente cu privire la scopul pentru care unii operatori economici ar promova calea contestației, de la scopul imediat - de a încerca eliminarea celorlalți participanți din procedură, prin efectuarea unei evaluări paralele - până la distorsionarea gravă a concurenței prin participarea la anumite proceduri și promovarea contestațiilor exclusiv pentru a afla anumite informații sau date confidențiale cu privire la concurenții de pe piață (ex. informații cu privire la resursele umane și/sau tehnice, informații privind managementul costurilor, furnizori, colaboratori, oferte și discount-uri, date bancare etc.).

Jurisprudența a demonstrat că atât timp cât organismul responsabil cu soluționarea căii de atac - CNSC, dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, acesta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire, astfel încât să fie asigurată menținerea concurenței loiale.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât calea de atac este formulată împotriva actului autorității contractante, ofertantul, ale cărui informații sunt în pericol a fi dezvăluite, fiind un terț față de litigiul respectiv.

Nu există repere obiective și dispoziții neechivoce în legislația română în materie față de care să se poată aprecia punctul de echilibru între contradictorialitate/transparență și confidențialitate, practica fiind singura care va stabili o anumită predictibilitate a acestor situații.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 231 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

În lumina celor reținute, după cum s-a arătat mai sus, nu i se putea permite societății contestatoare să studieze documentele declarate confidențiale. În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, în considerentele căreia s-a statuat: *în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar; protecția secretelor comerciale constituie un principiu general; în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora; având în vedere prejudiciul extrem de grav*

care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora; organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.

Elocvente sunt și următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexe T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător:

„[...] protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este coerentă cu dispozițiile relevante din Regulamentul financiar, în special articolul 100 alineatul (2) din acesta, vizat în egală măsură de EFSA în decizia sa din 15 septembrie 2010, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute (a se vedea, cu privire la divulgarea ofertei reținute, Ordonanța Evropaïki Dynamiki/AEE, punctul 49 de mai sus, punctul 39 și jurisprudența citată). Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziții publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare. În plus, atât prin natura lor, cât și potrivit sistemului reglementării Uniunii în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi [...].”

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: *informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a*

costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Date fiind rigorile la care este supusă atât entitatea contractantă, cât și Consiliul prin regulile precitate, precum și declarația ofertantului ..., Consiliul nu a putut pune la dispoziția ... toate documentele provenind de la acest ofertant, întrucât constituie informații declarate confidențiale, demersul entității achizitoare, de a nu permite accesul la toate documentele aflate la dosarul achiziției publice, motivat de aceleași considerente expuse anterior, fiind un demers legal.

Prin urmare, Consiliul apreciază că ... a justificat și a demonstrat caracterul confidențial al documentelor indicate.

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca nefondate, susținerile contestatorului, exprimate în cadrul contestației nr. 102/12.05.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 24532/12.05.2021, referitoare la lipsa accesului la documentele indicate ca fiind confidențiale, depuse de către ..., acest demers fiind justificat, în condițiile probării de către acest ofertant a caracterului confidențial al documentelor ofertei sale, constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul și entitatea contractantă au ținut seama de solicitarea formulată de acesta, conform celor menționate anterior în considerente, motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de către ... sub acest aspect.

În ceea ce privește critica ce vizează caracterul presupus inadmisibil al ofertei ..., în condițiile în care, în opinia contestatorului, ofertantul ... nu a îndeplinit cerința minimă de calificare privind experiența similară, Consiliul are în vedere aceleași concluzii de respingere, ca nefondate, a susținerilor contestatorului.

Astfel, raportat la argumentele aduse de către ... conform cărora, în urma analizării raportului procedurii, a constatat că lucrarea de *experiența similară* prezentată de către societatea declarată câștigătoare nu corespunde sintagmei „*lucrări similare*”, formulată în cadrul fișei de date a achiziției, respectiv aceasta a prezentat, prin intermediul angajamentului de susținere al terțului susținătorului, un contract care viza reabilitarea unei rețele de apă din conductă de fontă ductilă, nicidecum de PEID, așa cum prevede lucrarea supusă prezentei proceduri de atribuire, Consiliul constată caracterul neîntemeiat al susținerilor contestatorului.

În stabilirea acestei finalități, raportându-se la „*obiectul*” achiziției publice de față, care presupune executarea de *lucrări de reabilitare rețea de transport apă*, impunerea de către achizitoare a probării de către ofertanți a experienței similare este în conformitate cu prevederile art. 35 alin. (1) din HG nr. 394/2016, conform cărora: „*Criteriile de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare*”.

În soluționare, Consiliul are în vedere faptul că cerința de calificare impusă de către entitatea contractantă ..., prin documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, la punctul III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, a avut următorul conținut, și anume „*Ofertantul va face dovada*

că în ultimii 5 ani calculați până la data limită de depunere a ofertei, a dus la bun sfârșit lucrări similare privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm."

Așadar, luând în considerare cele expuse anterior și ținând seama conținutul cerinței de calificare în discuție, asumată de toți participanții la procedură, reiese în mod clar și evident că achizitoarea **nu a impus** ofertanților să probeze experiența similară prin contracte care au avut ca obiect reabilitarea unei rețele de apă din conductă de PEID, cum eronat susține contestatorul, acesta raportându-se la obiectul achiziției, ci a impus doar **lucrări similare** privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu **diametre mai mari sau egale cu 630 mm**.

În acest sens sunt și susținerile achizitoarei care prin punctul de vedere nr. 12655/17.05.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 25475/17.05.2021, arată că „nu se impune nicăieri în documentația de atribuire că experiența similară să fie constituită și demonstrată prin punerea în operă strict a conductelor de PEID, la acest moment contestarea cerinței privind experiența similară, este tardivă, întrucât contestatorul avea posibilitatea contestării acestei cerințe prin contestarea documentației de atribuire, în condițiile Legii nr. 101/2016.

În art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, se precizează următoarele „(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.”

Analizând acestea și având în vedere complexitatea lucrării ce urma a fi atribuită, s-a apreciat că orice cerință a entității contractante privitoare la demonstrarea experienței similare prin punerea în opera strict a conductelor de PEID, ar fi dus la restrângerea competiției și totodată la încălcarea prevederilor instrucțiunii. Criteriile de calificare și selecție privind atribuirea contractelor de achiziție publică au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedura de atribuire. Criteriile de calificare și selecție publicate în anunțul de participare trebuie să fie aceleași cu cele precizate în documentația de atribuire.

Atât fonta ductilă, cât și PEID reprezintă tipuri de conductă de transport/aducțiune de apă folosite în mod curent pe piața de specialitate, neexistând vreun impediment al executanților de lucrări în domeniu privind îmbinarea unuia sau celuilalt tip de conductă. Calea de stabilire a eficienței lucrărilor de reabilitare constituie apanajul analizei de re tehnologizare a sistemului de alimentare cu apă realizat de autoritatea contractantă, ofertanții neavând nicio prerogativă de a analiza complexitatea și eficiența unei tehnologii în fața alteia, ci doar să răspundă ferm cerințelor explicite ale autorității contractante.

Experiența similară în domeniul reabilitării unei conducte de transport apă reprezintă un cumul de condiții obiective organizatorice și tehnice care vizează executarea lucrărilor necesare, iar invocarea de către contestator a tehnologiilor diferite de îmbinare, pe care le comportă fonta ductilă și PEID, nu prezintă nicio relevanță pentru susținerea disertației sale cu privire la conceptul de experiență similară în accepțiunea sa”.

De asemenea, în soluționare, Consiliul reține și susținerile intervenientului ..., exprimate în cadrul adresei fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 24928/13.05.2021, ...,

conform cărora „Niciunde în documentația de atribuire nu se impune ca experiența similară să fie constituită din lucrări privitoare la conducte PEID sau ca experiența să fie identică.

Pe de altă parte, a impune ofertanților să facă dovada realizării unor lucrări la conducte din același material cu cel al conductelor ce fac obiectul licitației, ar transforma cerința experienței similare într-o cerință de experiență identică.”

Or, interpretarea contestatorului conform căreia, sintagma „lucrări similare” indica, fără echivoc, faptul că se impunea prezentarea unui contract care să vizeze execuția unei lucrări cu conductă din PEID privind extinderea și/sau reabilitarea și/sau înființare și/sau modernizarea de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm, nu poate fi primită de către Consiliu prin raportare, pe de-o parte, la conținutul cerinței minime de calificare, care nu a conținut o astfel de condiție în conținutul său iar, pe de altă parte, ținând seama de ceea ce intenționat legiuitorul în ceea ce privește dreptul unei entități contractante de a solicita cerințe de calificare privind experiența similară, și anume demonstrarea de către ofertanți a experienței similare (nu identice) în executarea de lucrări de extindere și/sau reabilitare și/sau înființare și/sau modernizare de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm.

Cu alte cuvinte, dacă un ofertant prezintă un contract de lucrări din care reiese, fără putere de tăgadă, că a executat lucrări de extindere și/sau reabilitare și/sau înființare și/sau modernizare de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm, indiferent de tipul de conductă (de PEID sau de fontă ductilă) acesta nu poate fi ignorat de achizitoare.

Așadar, considerațiile ... conform cărora „tocmai tipul și diametrul conductei pot certifica achizitorul și pot califica ofertantul că are capacitatea și experiența necesară să execute, în mod conform și calitativ, lucrarea ce urmează să fie atribuită”, precum și cele conform cărora „tehnologia de îmbinare a conductelor de fontă este totalmente diferită de tehnologia de îmbinare a conductelor PEID, motiv pentru care contractul de experiență similară prezentat de către ofertantul declarat câștigător nu poate îndeplini cerința achizitorului „lucrări similare”, nu pot fi luate în considerare de către Consiliu, pentru considerentele expuse anterior, aceste abordări fiind mai degrabă aspecte legate de înțelesul cerinței de calificare, ce ar fi trebuit clarificate de către contestator cu entitatea contractantă anterior depunerii ofertelor în cadrul procedurii de achiziție iar nu în această etapă de evaluare a ofertelor.

Într-o atare situație, se constată că „obiectul” achiziției de față presupune lucrări de reabilitare rețea transport de apă, fapt pentru care ofertanții puteau proba experiența similară (nu identică) în executarea de lucrări de extindere și/sau reabilitare și/sau înființare și/sau modernizare de rețele de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau artere de apă cu diametre mai mari sau egale cu 630 mm, indiferent de tipul de conductă (de PEID sau de fontă ductilă), o astfel de abordare fiind în concordanță cu prevederile legale citate anterior precum și cu cele ale art. 2 din Instrucțiunea nr. 2/2017, a ANAP, conform cărora „(1) Autoritatea/Entitatea contractantă stabilește cerințele minime de calificare și selecție precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporționalității, cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care

demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

(2) La stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție, autoritățile/entitățile contractante vor ține cont de aspecte precum: complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a fi încheiat, fără a se impune îndeplinirea unor condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu scopul menționat la alin. (1)."

Concluzionând, pentru considerentele expuse anterior, Consiliul respinge, ca nefondate, susținerile contestatorului în referire la neîndeplinirea de către ofertantul ... a cerinței minime de calificare privind experiența similară.

Aceleași concluzii de respingere, ca nefondate, are în vedere Consiliu și în ceea ce privește simpla susținere, neprobată în vreun fel de către ..., privind capacitatea tehnică de execuție a categoriilor de lucrărilor care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, Consiliul neputându-se substitui contestatorului în formularea motivelor de fapt și de drept pe care s-ar întemeia o astfel de solicitare, regulile de formulare a unor pretenții, în cadrul unei contestații, fiind clar stabilite la art. 10 din Legea nr. 101/2016.

Așadar, Consiliul constată că decizia dispusă de achizițarea ..., în referire la oferta depusă de către ..., a fost legală, urmând a fi menținută, motiv pentru care, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge criticile formulate de acesta, ca nefondate.

Concluzionând asupra aspectelor ce au constituit obiectul prezentei cauze, Consiliul constată că nu sunt motive de remediere a modalității în care comisia de evaluare a efectuat evaluarea ofertei depusă de către ..., motiv pentru care, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ...

Pe cale de consecință, având în vedere soluția adoptată pe fondul cauzei, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de ...

Cu privire la cererea ... de obligare a contestatorului ... la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul constată că respectivul intervenient a prezentat dovada efectuării acestora, respectiv factura fiscală seria SRM nr. 231/13.05.2021 în valoare de 4.500,00 lei, emisă de către „... – Cabinet de avocat”, reprezentând „Onorariu cerere intervenție Dosar CNSC nr. 1162/2021, potrivit Contractului de asistență juridică nr. 457/13.05.2021” și dovada achitării sumei respective din data de 13.05.2021, emisă de către Banca Transilvania S.A.

Cu toate acestea, Consiliul respinge capătul de cerere privind obligarea contestatorului la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea intervenției (în valoare de 4.500,00 lei), ca inadmisibil, având în vedere motivele prezentate în continuare.

Relevante în analizarea acestei cereri sunt următoarele dispoziții ale Codului de procedură civilă:

- art. 61 alin. (3): „Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți”;
- art. 65 alin. (1): „Intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale”.

- art. 453 alin. (1): „*Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată*”.

Analizând dispozițiile citate anterior rezultă că pentru acordarea cheltuielilor de judecată, nu este suficientă dobândirea calității de parte într-un proces, ci este necesar ca acea parte să câștige procesul adică să obțină total sau parțial pretențiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, dispozițiile art. 453 din Codul de procedură civilă fiind explicite în acest sens.

Din această perspectivă, Consiliul reține că intervenientul, deși devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale [conform art. 65 alin. (1) din Codul de procedură civilă], nu invocă o pretenție proprie în proces pentru a deveni „parte care câștigă procesul”, ci sprijină numai apărarea uneia dintre părți, după cum rezultă din dispozițiile art. 61 alin. (3) din Codul de procedură civilă, astfel încât acesta nu poate obține obligarea părții care a căzut în pretenții la plata cheltuielilor de judecată, doar partea în favoarea căreia a intervenit și care a obținut pretențiile solicitate putând pretinde astfel de cheltuieli.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Suceava în dosarul nr. 659/39/2016 (Decizia nr. 861/13.09.2016).

Pe cale de consecință, Consiliul respinge cererea formulată de ... privind obligarea contestatorului ... la plata cheltuielilor de judecată, ca inadmisibilă.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile inadmisibilității cererii de intervenție formulată de către ..., excepții invocate de către contestatorul ...

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ..., ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ...

Respinge cererea formulată de către intervenientul ... privind obligarea contestatorului ... la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea intervenției, ca inadmisibilă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 27 (douăzecișisapte) pagini.