

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ..., depusă de ... SRL, cu sediul în ..., str. ... nr. ..., ..., înregistrat la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI: ..., reprezentată legal de ... și convențional de ... SCA, cu sediul profesional în ..., nr. ..., bl. ..., ap. ..., ..., solicitând comunicarea tuturor actelor la adresa poștală din: ..., Str. ... nr. ..., corp ..., etaj ..., ..., împotriva raportului procedurii și a tuturor rapoartelor și proceselor verbale emise în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect servicii de supervizare pentru lucrările „...”, cod CPV ..., de către ..., cu sediul în ..., str. ..., nr. ..., jud. ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

”I. Remedierea vătămarilor aduse drepturilor și intereselor ... SRL în cadrul procedurii mai sus indicate, prin anularea tuturor actelor nelegale emise de Autoritatea Contractantă, respectiv:

1. Anularea parțială a:

a) Raportului Procedurii nr. ..., comunicat subscrisei și publicat în SEAP în data de ...;

b) Tuturor Rapoartelor și Proceselor-Verbale emise pe parcursul procedurii de atribuire de către Comisia de Evaluare, inclusiv dar fără a se limita la: Procesele verbale nr: ..., ..., ..., ..., ...;

c) Anularea Comunicării Rezultatului Procedurii nr. ...;

d) Anularea tuturor actelor subsecvente Raportului Procedurii și Comunicării Rezultatului Procedurii:

În ceea ce privește:

- desemnarea ofertei ... S.R.L. drept conforme, dar necâștigătoare;
- desemnarea propunerii ...SRL drept admisibilă, conformă și câștigătoare.

2. Și ca o consecință Obligarea Autorității Contractante la:

(i) În principal la:

- Reevaluarea ofertei ... S.R.L. în ceea ce privește factorul de evaluare "Experiența deținută de Coordonator Contract (Supervizor)" conform celor detaliate în prezenta contestație;

- Desemnarea ofertei ... S.R.L. drept ofertă câștigătoare;

- Respingerea ofertei Asocierii ...SRL ca neconformă și inacceptabilă;

(ii) În subsidiar, la

- obligarea Autorității Contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei ... S.R.L. în ceea ce privește factorul de

evaluare „Experiența deținută de Coordonator Contract (Supervizor)” conform celor detaliate în prezenta contestație și reevaluarea ofertei ...SRL;

- Stabilirea rezultatului procedurii ulterior reevaluării de către Autoritatea Contractantă a ofertei subscrisei și a ...SRL.

II. Accesul la dosarul constituit la Consiliu în temeiul art. 19 din Legea 101/2016, inclusiv, dar fără a se limita, la oferta depusă de către ...SRL.

III. Repunerea ... S.R.L. în termenul de contestare și luarea în considerare a oricăror și tuturor criticilor cu privire la aspectele ce vor decurge din analiza dosarului achiziției publice în integralitatea sa.

IV. În subsidiar, în situația în care Consiliul constată că nu poate dispune măsurile de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire anulara procedurii de atribuire”.

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 ofertantul ... SRL atacă rezultatul procedurii din cuprinsul raportului procedurii și al proceselor-verbale emise în prealabil, privind evaluarea ofertelor, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt, precizând că, în cadrul procedurii de atribuire, ... SRL a depus o ofertă cu respectarea dispozițiilor legale, în vigoare, și a prevederilor documentației de atribuire, publicată în SEAP.

Oferta depusă de ... SRL, a fost declarată acceptabilă și conformă, însă a fost clasată pe locul 3, cu un punctaj de 85 puncte. Contestatorul apreciază ca fiind netemeinică decizia autorității pentru motivele reținute în cuprinsul Comunicării nr. ... și în raportul procedurii nr.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul „[....pdf” postat de autoritate în SEAP la ..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr. ... Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Sintetizarea de mai sus nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare prin intermediul SEAP întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Prin adresa nr. ... din ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere la contestația depusă de ... SRL.

Față de criticile invocate de către contestatorul Asocieria ... SRL - ... SRL, autoritatea contractantă răspunde punctual:

- privitor la afirmațiile contestatorului referitoare la accesul la dosarul achiziției, respectiv „Autoritatea Contractantă a înțeles să acorde accesul ... SRL la dosarul achiziției ulterior momentului la care acesta ar fi putut utiliza remediile legale pe care le are la dispoziție”, se precizează că acestea sunt total eronate și menite să discrediteze Autoritatea Contractantă în fața

Consiliului". Pentru demontarea criticilor citate anterior, se menționează următoarele:

- în data de ..., Autoritatea Contractantă a încărcat în SEAP raportul procedurii nr. ... și comunicările privind rezultatul procedurii aferente fiecărui ofertant din cadrul procedurii, astfel că termenul pentru depunerea eventualelor contestații, prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, a fost ...:

- în data de ..., Autoritatea Contractantă a răspuns, prin adresa nr. ..., solicitării contestatorului de acces la dosarul achiziției, cu respectarea întocmai a termenului de o zi lucrătoare, prevăzut la art. 217 alin (6) din Legea nr. 98/2016 și l-a invitat, în data de ..., în vederea studierii documentelor prevăzute de legislația în vigoare în materia achizițiilor publice, respectiv raportul procedurii de atribuire și a informațiilor care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost și informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale, însă Contestatorul a ales să nu dea curs acestei invitații;

- tot prin adresa nr. ..., Autoritatea Contractantă l-a invitat pe contestator, în data de ..., în vederea studierii întregului dosar al achiziției, cu excepția informațiilor declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale, aceste informații fiind anonimizate în cadrul documentelor din dosarul achiziției, însă și de această dată Contestatorul a ales să nu dea curs acestei invitații;

- prin urmare, ținând cont de cele expuse mai sus, reiese în mod clar și fără echivoc, faptul că ambele termene stabilite, în care Autoritatea Contractantă a permis accesul la dosarul achiziției, au fost în interiorul termenului legal de formulare a unei eventuale contestații.

- referitor la faptul că „dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 nu impun sub nicio formă obligativitatea studierii dosarului achiziției în format fizic la sediul autorității" precizează că, în același timp, dispozițiile legale nu impun modalitatea de a asigura accesul la dosarul achiziției, ci doar termenul în care acesta să fie asigurat. Autoritatea Contractantă a pregătit documentele pentru studiere la sediul său, respectând termenul legal pentru formularea unei contestații. Faptul că ofertantul a solicitat accesul în format electronic (cerință neobligatorie legal) și a invocat distanța dintre sedii, nu poate fi imputat Autorității Contractante, care a oferit posibilitatea studierii dosarului în temeiul și în termenul prevăzut de lege.

- contrar criticii contestatorului cu privire la faptul că "i-a fost încălcat și accesul la justiție" se precizează că dreptul la o cale de atac eficientă nu este un drept absolut care să oblige Autoritatea Contractantă să faciliteze accesul la dosar în modalitatea solicitată de ofertant, ci în termenul prevăzut de lege. Autoritatea Contractantă și-a îndeplinit obligațiile legale de a comunica informațiile necesare și de a oferi fizic accesul la dosar în interiorul celor 10 zile destinate formulării contestației. Prin urmare, lipsa accesului efectiv nu a fost cauzată de o acțiune sau inacțiune culpabilă a Autorității Contractante, ci de modul în care Contestatorul a ales să își exercite dreptul de acces la dosar. Astfel, acuzația de încălcare a accesului la justiție este neîntemeiată.

- contrar afirmațiilor contestatorului cu privire la faptul că „refuzul de acces la documentele neconfidențiale din dosarul achiziției, inclusiv la oferta Ofertantului câștigător ce nu a fost declarată drept confidențială, încălcarea dispozițiilor legale amintite anterior este evidentă”, se precizează, încă o dată, faptul că, Contestatorul a refuzat să dea curs ambelor invitații de a se prezenta la sediul Autorității Contractante în vederea studierii documentelor din dosarul achiziției care nu au fost declarate și probate ca fiind confidențiale, documente în cadrul cărora se regăsea și oferta depusă de ofertantul câștigător, în integralitatea ei.

Se menționează că, deși ofertantul câștigător nu și-a declarat oferta confidențială, procesele-verbale conțin date privind evaluarea tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurii, inclusiv a celor declarate și probate ca fiind confidențiale. Astfel, a fost necesară anonimizarea unor părți din cadrul proceselor-verbale de analiză a propunerilor tehnice și financiare, deoarece acestea nu conțin doar niște concluzii ale comisiei de evaluare cu privire la procesul de evaluare a ofertelor, ci conțin preluări întocmai din documentele care au stat la baza deciziilor finale ale comisiei de evaluare, documente ce au fost declarate confidențiale atât în ofertă, cât și prin răspunsurile la solicitările de clarificări, fapt ce a făcut necesară extinderea confidențialității și asupra acestor informații chiar dacă se regăsesc în cadrul unor documente emise de către comisia de evaluare.

- se precizează faptul că, și contestatorul, la rândul său, a declarat confidențiale atât propunerea tehnică - integral, propunerea financiară - integral, cât și solicitările și răspunsurile la clarificări - integral, documentele personalului propus, procesele verbale ale autorității contractante care preiau (în tot sau în parte) informații din documentele menționate.

În concluzie, Contestatorul încalcă principiul *Venire contra factum proprium*, care interzice unei persoane să se contrazică prin propriile acțiuni, protejând astfel încrederea legitimă a celeilalte părți și echitatea în relațiile juridice, solicitând aplicarea prevederilor legale doar în cazul celorlalte oferte declarate confidențiale, dar nu și în cazul propriei oferte.

- Referitor la faptul că „restul ofertanților ... trebuia să dovedească în mod obiectiv că aceste informații beneficiază de caracterul confidențial ... nicio astfel de dovadă nu a fost prezentată de către operatorii economici, aceștia rezumându-se doar la a invoca aspecte de ordin general în cuprinsul declarației pe propria răspundere”, se menționează că, acestea sunt simple presupuneri, deoarece autoritatea contractantă, în luarea deciziei de a nu pune la dispoziția contestatorului informațiile declarate confidențiale de către ofertanți, a ținut cont nu doar de declarația prezentată de către aceștia în cadrul ofertei depuse inițial, ci și de susținerile și documentele prezentate de către ofertanți în cadrul propunerii tehnice și financiare. Prin urmare, autoritatea contractantă a respectat întocmai prevederile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui aceste informații declarate confidențiale.

Totodată, în susținerea celor de mai sus, se invocă concluziile Consiliului în Decizia nr. ..., într-o speță identică în care s-a aflat autoritatea contractantă:

„Consiliul reține că ... ofertantul contestator cât și ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare au declarat confidențiale propunerile

tehnice, propunerile financiare, inclusiv răspunsurile la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă cât și CNSC aplicând același tratament ambilor ofertanți în ceea ce privește accesul la ofertele celui alt competitor.

Astfel, Consiliul va respinge, ca nefondată critica referitoare la îngrădirea accesului de către autoritatea contractantă la oferta declarată câștigătoare având în vedere că atât autoritățile contractante, cât și „organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) (notă: DIRECTIVA 2007/66/CE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 11 decembrie 2007) menționat 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, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților în litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil" (cauza C-450/06 Varec împotriva État belge).

Consiliul mai reține, în acest sens, și considerentele din cauza C-927/19 din 07.09.2021, „Klaipėdos regiono atliekif tvarkymo centras" UAB, în care Marea Cameră a stabilit următoarele: „în cadrul unei căi de atac 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 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C- 450/06, EU:C:2008:91, punctul 51).

- Având în vedere cele expuse anterior, se consideră că solicitarea contestatorului de „repunere ... în termenul de contestare a actelor emise de Autoritatea contractantă" nu este în niciun fel justificată.

- În ceea ce privește afirmațiile contestatorului cu privire la faptul că „având în vedere conținutul comunicării transmise de către Autoritatea Contractantă, este evident că aceasta nu îndeplinește cerințele impuse de art. 215 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016" se menționează că, autoritatea contractantă a respectat întocmai prevederile 215 din Legea nr. 98/2016 și a informat fiecare ofertant, prin comunicările rezultatului procedurii încărcate în SEAP în data de ..., care au fost deciziile luate în ceea ce privește rezultatul prezentei proceduri. În cadrul comunicărilor privind rezultatul procedurii, autoritatea contractantă a cuprins:

- informații cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul procedurii, respectiv numele ofertantului cu care urmează să încheie contractul;

- fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale;

- caracteristicile și avantajele relative ale ofertei desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, respectiv punctajul obținut, precum și

prețul ofertei câștigătoare, ținând cont de faptul că, criteriul de atribuire al procedurii a fost „cel mai bun raport calitate preț”.

Mai mult decât atât, detalierea punctajului obținut de fiecare ofertant participant la procedură, aferent fiecărui factor de evaluare, se regăsește în cadrul Raportului procedurii, document publicat în SEAP concomitent cu comunicările rezultatului procedurii. Totodată, se menționează faptul că, autoritatea contractantă a desfășurat procesul de evaluare al ofertelor depuse în conformitate cu principiile ce stau la baza legislației în materia achizițiilor publice. Raportul procedurii și procesele verbale conținând concluziile aferente fiecărei faze a procesului de evaluare a ofertelor și atribuire a contractului, respectiv argumentele în fapt și în drept pentru care au fost ofertele declarate admise/respinse, au fost elaborate în conformitate cu prevederile Ordinului A.N.A.P. nr. 1170/2021 privind aprobarea formularelor standard ale proceselor-verbale intermediare de evaluare aferente procedurilor de atribuire a contractelor/acordurilor - cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor - cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii.

Concluziile comisiei de evaluare cu privire la ofertele depuse în cadrul prezentei proceduri raportat la factorii de evaluare stabiliți prin Documentația de atribuire au fost fundamentate în procesele-verbale privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare și în procesul-verbal de evaluare a propunerilor financiare în conformitate cu propunerile tehnice, de unde reiese că, evaluarea comisiei a fost una temeinică, în conformitate cu prevederile Documentației de atribuire și cu respectarea principiului transparenței și al asumării răspunderii, astfel cum sunt prevăzute de legislația în materia achizițiilor, afirmațiile contestatorului fiind menite doar să creeze imaginea unei atribuirii eronate.

- În ceea ce privește experiența profesională deținută de coordonatorul de contract, nominalizat de Contestator, „în diverse calități, precum responsabil contracte (inginer), șef serviciu pentru coordonarea activității de implementare a contractelor, șef proiect, coordonator tehnic, etc” în cadrul unor proiecte de infrastructură rutieră ale ... S.A., se menționează faptul că, coordonatorul de contract nominalizat, respectiv ..., a fost angajatul beneficiarului în pozițiile menționate de Contestator, însă aceste funcții reprezintă atribuții interne ale beneficiarului și nu sunt echivalente cu rolurile specifice Supervizorului prevăzute în documentația de atribuire.

Diferențele sunt esențiale:

- Supervizorul reprezintă entitatea independentă dintre beneficiar și antreprenor, cu responsabilități tehnice și contractuale conforme condițiilor contractuale sau legislației privind supervizarea;

- Funcțiile interne din cadrul autorității contractante nu presupun atribuții de supervizare, ci management intern al proiectelor, monitorizare administrativă, verificare documente, comunicare cu supervizorul și antreprenorul, fără exercitarea prerogativelor specifice supervizării.

Documentația de atribuire nu permite extrapolarea sau echivalarea acestor funcții interne cu pozițiile expres enumerate în cadrul documentației de atribuire.

- Comisia de evaluare a procedat la acordarea punctajului exclusiv pe baza dovezilor prezentate, în conformitate cu criteriile stabilite prin documentația de atribuire. Întrucât experiența declarată nu se încadrează în categoriile solicitate și nu reprezintă experiență efectivă în contracte de supervizare pentru execuția lucrărilor de infrastructură rutieră, comisia a procedat în mod justificat la acordarea punctajului 0 pentru acest factor de evaluare.

Această abordare este:

- conformă cu prevederile Fișei de date a achiziției,
- obiectivă, întrucât se aplică tuturor ofertanților aceeași regulă,
- nediscriminatorie, deoarece nu se pot acorda puncte pe baza unor funcții care nu sunt prevăzute și nu îndeplinesc cerințele minime stipulate.

- Argumentul ofertantului potrivit căruia funcțiile interne în cadrul autorității contractante ar fi „echivalente” cu rolurile de supervizare:

- nu este susținut de documente,
- nu este prevăzut în nicio dispoziție legală sau în documentația procedurii,

- ar conduce la o extindere nejustificată a factorului de evaluare, în detrimentul principiilor transparenței și tratamentului egal.

Cerința a fost una clară, precisă și previzibilă, iar ofertantul avea obligația ca propunerea tehnică să se conformeze integral. În măsura în care acesta ar fi apreciat că textul cerinței ridică dificultăți de interpretare, avea la dispoziție procedura de solicitare de clarificări, conform art. 160-161 din Legea nr. 98/2016. Contestatorul nu a formulat nicio solicitare de clarificare în acest sens, ceea ce denotă că a înțeles și a acceptat conținutul cerinței așa cum a fost publicată.

Prin urmare, menținerea punctajului 0 puncte acordat pentru factorul „Experiența Coordonatorului de Contract (Supervizor)” este pe deplin justificată, întrucât funcțiile exercitate de persoana nominalizată de ofertant nu reprezintă și nu pot fi asimilate funcțiilor solicitate, respectiv celor specifice activității de supervizare a execuției lucrărilor de infrastructură rutieră.

Comisia a acționat în mod corect, conform documentației de atribuire și principiilor achizițiilor publice.

- Referitor la persoana nominalizată de Contestatorul în poziția de Coordonator de contract (Supervizor), respectiv „dl. ...” se menționează faptul că, aceasta persoană nu se regăsește în cadrul propunerii tehnice, numele coordonatorului de contract (supervizorului) nominalizat de către Contestator este dl. ...

Ținând cont de cele expuse anterior, în ceea ce privește critica formulată cu privire la presupusa depunere a ofertantului, în mod eronat, la factorul de natură tehnică „Experiența deținută de Coordonator Contract (Supervizor)”, se subliniază că însăși contestația conține o eroare esențială privind identitatea persoanei propuse chiar de contestator în propria ofertă.

Astfel, contestatorul invocă o așa-zisă persoană „...”, însă în documentele depuse de acesta odată cu oferta, respectiv Lista personalului cheie, CV-ul și declarația de disponibilitate, persoana nominalizată este ...

Această confuzie flagrantă, produsă chiar de Contestator cu privire la propriul personal-cheie, demonstrează lipsa unei analize reale și riguroase a

propriilor sale documente de calificare. Invocarea în motivarea contestației a unei persoane care nu figurează nicăieri în oferta depusă reprezintă o prezentare eronată a situației de fapt, care afectează grav credibilitatea argumentelor formulate și exclude posibilitatea reținerii acestora ca temeinice. Autoritatea contractantă reiterează că documentația aferentă ofertei Contestatorului identifică în mod clar și neechivoc persoana ... ca titular al funcției de Coordonator de contract.

De asemenea, se menționează că, în evaluarea ofertelor comisia de evaluare a respectat principiile reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Considerând că s-au adus suficiente argumente în susținerea legalității deciziilor luate de către comisia de evaluare, autoritatea contractantă apreciază ca nefondată contestația formulată de către Asocierea ... SRL - ... SRL și găsește oportună emiterea de către CNSC a unei decizii în acest sens.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... SRL a formulat note scrise prin care sintetizează argumentele care combat susținerile autorității contractante.

(i) Respingerea apărărilor formulate de către Autoritatea Contractantă prin punctul de vedere formulat;

(ii) Admiterea contestației astfel cum a fost formulată, inclusiv prin raportare la motivele noi de contestație invocate ca urmare a studierii dosarului achiziției la Consiliu.

având în vedere următoarele:

MOTIVE

Cu titlu prealabil, se subliniază că se mențin toate motivele și argumentele dezvoltate prin contestația formulată, chiar dacă acestea nu vor fi reluate în totalitate și în prezentele note scrise.

I. INVOCAREA MOTIVELOR DE CONTESTAȚIE CA URMARE A STUDIERII DOSARULUI ACHIZIȚIEI LA CONSILIU

(1) Cu titlu prealabil, se subliniază că prin Contestația depusă inițial, ... SRL a formulat și cerere de repunere în termen (cerere pe care o susține și prin prezentele Note Scrise) cu privire la eventualele motive noi de contestație care se vor identifica după constituirea dosarului la Consiliu și studierea documentelor la care nu au avut acces inițial.

(2) În aceste condiții, contestatorul este în termen pentru formularea Motivelor Noi de contestație identificate după studierea documentelor puse la dispoziție de Consiliu.

(3) Totodată, se subliniază că ... SRL își menține cererea de repunere în termen și cu privire la eventuale motive de contestație pe care le va descoperi în situația în care va formula o plângere împotriva Deciziei Consiliului pronunțate în prezenta cauză, iar Curtea de Apel București îi va oferi acces și la alte documente declarate confidențiale din oferta intervenientei.

(4) Din analiza acestor documente contestatorul a identificat următoarele:

1. CARACTERUL INACCEPTABIL AL OFERTEI DECLARATE CÂȘTIGĂTOARE AVÂND ÎN VEDERE EXISTENȚA DOCUMENTULUI CONSTATATOR NEGATIV INTERMEDIAR.

(5) Conform art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) 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:

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau 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;

(8) 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."

(6) Iar, potrivit art. 169 din Legea nr. 98/2016:

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

(7) După cum este de notorietate, verificarea existenței cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 se face pe baza existenței unor documente constatatoare față de operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

(8) Conform unor modificări recente în legislația achizițiilor publice, documentele constatatoare pot fi clasificate în:

- Documente Constatatoare finale emise la sfârșitul unui Contract de achiziție publică (indiferent de modalitatea de încetare a Contractului);
- Documente Constatatoare intermediare emise în timpul execuției Contractului.

(9) Documentele constatatoare intermediare sunt reglementate de art. 166 alin. (52) din HG 395/2016 potrivit căror:

"Prin excepție de la termenele prevăzute la art. 166 alin. (1) lit. a)-e), autoritatea contractantă are dreptul de a emite documente constatatoare și pe perioada derulării contractului, la fiecare 90 de zile de la momentul semnării contractului, în cadrul cărora vor fi consemnate cel puțin stadiul contractului și, dacă este cazul, eventualele întârzieri/deficiențe în implementarea contractului, precum și eventualele daune cauzate din culpa contractantului."

(10) Se subliniază că legiuitorul a reglementat posibilitatea emiterii unor astfel de documente constatatoare intermediare pentru a facilita verificările efectuate de autoritățile contractante în cadrul procedurilor de achiziție publică. Cu alte cuvinte, existența unor astfel de documente constatatoare poate reprezenta motiv de excludere a unui operator economic dintr-o procedură de achiziție publică în conformitate cu dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

(11) De altfel, acest aspect este confirmat și de dispozițiile art. 166 alin. (8) din HG 395/2016 care precizează că:

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

(12) Rezultă, deci, că dispozițiile legale nu fac diferența între cele două tipuri de documente constatatoare atunci când precizează că pe baza existenței unui document constatator, un operator economic poate fi exclus dintr-o procedură de atribuire.

(13) ESENȚIAL: Această ipoteză este susținută și de Nota de Fundamentare a HG 375/2022 care a introdus acest tip de document constatator în activul legislativ, potrivit căreia:

"Această modificare va da posibilitatea Autorităților Contractante să informeze alte instituții cu privire la derularea necorespunzătoare a unui Antreprenor sau Prestator, chiar și înainte de finalizarea respectivelor contracte, în vederea analizării și aplicării prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) în timp real și în cunoștință de cauză.

De asemenea, prin alin. (54) se stabilește aplicabilitatea celorlalte prevederi din art. 166 pentru documentele constatatoare emise periodic în implementarea contractului".

(14) Prin urmare, atât timp cât în cauză sunt îndeplinite condițiile impuse de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 101/2016 operatorul economic poate fi exclus de la procedura de atribuire, indiferent dacă îndeplinirea acestor condiții rezultă dintr-un document constatator final sau intermediar.

(15) În ceea ce privește condițiile impuse de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 101/2016 se precizează că pentru ca un ofertant să poată fi exclus pe baza unui document constatator, comisia de evaluare trebuie să analizeze dacă din documentul constatator rezultă îndeplinirea cumulativă a următoarele condiții:

- încălcarea în mod grav sau repetat (condiții alternative) de către antreprenor a obligațiilor 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;

- dacă aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

(16) După cum rezultă și din Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este suficientă îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză.

(17) Cu alte cuvinte, condițiile prevăzute în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g), respectiv cele din a doua teză, sunt alternative între ele. Astfel, spre exemplu, pentru ca situația să fie considerată motiv de excludere încetarea anticipată a contractului nu trebuie să fie însoțită în mod obligatoriu și de plata de daune-interese/alte sancțiuni comparabile, dar trebuie să fie o consecință a unei încălcări grave sau a unei încălcări repetate a obligațiilor contractuale principale.

(18) Or, după cum se va demonstra în continuare, în cauza dată sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) pentru a atrage excluderea ofertantului câștigător din prezenta procedură.

(19) Astfel, prin Documentul Constatator nr. ... (Anexa 1) emis de către de către Consiliul Județean ... în cadrul executării Acordului contractual nr. ... privind achiziția publică de servicii de supervizare a contractului de proiectare și execuție a lucrărilor în cadrul proiectului "...", sunt reținute grave încălcări ale obligațiilor contractuale de către ...SRL, anume:

- Abateri de la calitatea serviciilor contractate: "Concluziile Expertizei Tehnice, întocmită de experții Universității Politehnica ... - Facultatea de Construcții, în cadrul proiectului "...", au arătat că, pe ambele tronsoane de drum ale proiectului, s-au constatat neconformități și deficiențe atât în ceea ce privește realizarea Proiectului tehnic, cât și în executarea efectivă a lucrărilor și au indicat necesitatea remedierii acestora. Pe de altă parte, conform Certificatelor Interimare de Plată nr. 1/10.11.2020, nr. 2/21.02.2021 și nr. 3/19.10.2021, ...SRL a recepționat și, respectiv, a certificat ca fiind conforme din punct de vedere calitativ și cantitativ, atât serviciile de proiectare realizate de Antreprenorul general ... SRL, ... SRL, ... SA și ... SRL, prin lider de asociere ... SRL, cât și lucrările executate de acesta."

- Neconstituirea garanției de bună execuție la termenul și în cuantumul prevăzute prin Actul Adițional nr. ... la Acordul contractual nr. ... din ... încheiat între părți și anume în 5 zile lucrătoare de la semnarea Actului adițional nr. 2 și în cuantumul de ... lei.

(20) Ca urmare a acestor grave încălcări a obligațiilor contractuale, Consiliul Județean ... a înțeles să rezilieze contractul de supervizare.

(21) Astfel, este îndeplinită și cea de-a doua condiție prevăzută în teza a doua a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că încălcările grave ale obligațiilor contractuale au avut repercusiuni însemnate, riscul de a fi pedepsit pentru o infracțiune fiind o consecință gravă.

(22) ESENȚIAL: Din verificările efectuate, ...SRL nu a formulat nicio acțiune în justiție având ca obiect anularea, suspendarea sau constatarea nelegalității Documentului Constatator nr. ... și nici nu a contestat în mod distinct rezilierea contractului de supervizare dispusă de beneficiarul Consiliul Județean ...

(23) Mai mult, ofertantul nu a depus la dosarul achiziției notificarea de reziliere emisă de beneficiar, astfel încât să se poată verifica în concret care au fost temeiurile exacte avute în vedere la momentul încetării raportului contractual. În aceste condiții, nu poate fi primită susținerea potrivit căreia rezilierea ar fi intervenit exclusiv ca urmare a neconstituirii garanției de bună execuție, cu atât mai mult cu cât Documentul Constatator reține în mod expres și deficiențe grave de calitate în executarea obligațiilor contractuale.

(24) Or, din conținutul Documentului Constatator nr. ... rezultă fără echivoc că neconstituirea garanției de bună execuție nu a fost singura abatere imputată, ci doar una dintre multiplele încălcări ale obligațiilor contractuale, alături de abateri grave privind calitatea serviciilor prestate, respectiv certificarea ca fiind conforme a unor lucrări și servicii care, potrivit expertizei tehnice independente, prezentau neconformități majore.

(25) În plus, ofertantul nu a făcut dovada remedierii deficiențelor apărute în executarea contractului, deși, potrivit jurisprudenței constante și practicii autorităților contractante, simpla existență a unor deficiențe nu este suficientă pentru a evita incidența art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fiind necesar ca operatorul economic să demonstreze în mod concret că respectivele deficiențe au fost remediate într-un mod real, complet și verificabil.

(26) De asemenea, ...SRL nu a prezentat nicio dovadă privind măsurile de conformare și prevenție implementate la nivelul companiei ulterior încetării contractului, în sensul art. 171 din Legea nr. 98/2016, respectiv nu a indicat ce măsuri tehnice, organizatorice sau de management au fost adoptate pentru a preveni apariția unor situații similare pe viitor. Or, în lipsa unor asemenea dovezi, nu se poate reține existența unei conduite de tip „self-cleaning” care să înlăture aplicabilitatea motivului de excludere.

(27) Prin urmare, în absența contestării Documentului Constatator și a rezilierii contractului, în lipsa dovezilor privind remedierea deficiențelor constatate și a măsurilor concrete de prevenire a unor încălcări similare, Documentul Constatator produce pe deplin efecte juridice, iar autoritatea contractantă era ținută să rețină incidența cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

2. CARACTERUL INACCEPTABIL AL OFERTEI CÂȘTIGĂTOARE AVÂND ÎN VEDERE CĂ NU ÎNDEPLINEȘTE CERINȚA PRIVIND EXPERIENȚA SIMILARĂ

(28) Conform pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de Date, Autoritatea Contractantă a impus următorul criteriu de selecție:

"Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat Modalitatea de îndeplinire: Cerința „Experiență similară ”

Of. trebuie să facă dovada că a prestat în ultimii ... ani* (calculați până la data limită de depunere a ofertelor), servicii similare** cu cele care fac obiectul contractului, în valoare cumulată de minim ... lei fără TVA, la nivelul unui sau mai multe contracte. *) Ultimii 3 (trei) ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 (art. 13). **) Prin serv. similare se înțelege serv. de supraveghere a lucrărilor de construcție nouă și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau lărgire și/sau consolidare aferente drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzilor."

(29) Din analiza DUAE depus de ofertantul declarat câștigător, rezultă că acesta a invocat, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, următoarele contracte:

"Descriere: Supervizare Lucrări: "...", Contract nr. ... din data din data ..., Procent din lucrare: 100%, Valoare: ..., Moneda: RON, Data început: ..., Dată sfârșit: ..., Beneficiari: ...

Descriere: Supervizare Lucrări: "...;

...;

Procent din lucrare: 100%;

Valoare: ...;

Moneda: RON;

Data început: ...;

Data sfârșit: ...;

Beneficiari: ...".

(30) Cu privire la contractul încheiat cu Consiliul Județean ..., Autoritatea Contractantă a formulat Solicitarea de clarificare nr. ...:

"Pentru contractul nr. ..., având în vedere următoarele:

- Cerința "Experiență similară" din Fișa de date a achiziției care prevede că "Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat în ultimii ... ani * (calculați până la data limită de depunere a ofertelor), servicii similare** cu cele care fac obiectul contractului, în valoare cumulată de minim ... lei fără TVA, la nivelul unui sau mai multe contracte";

- Documentele depuse privind experiența similară pentru acest contract nu confirmă valoarea serviciilor similare prestate în perioada ..., Prezența Certificatelor/documente emise sau contrasemnate de către beneficiar, din care să reiasă valoarea serviciilor de supervizare similare prestate în perioada"

(31) Ofertantul a răspuns la această solicitare, susținând faptul că în cauză ar fi aplicabile prevederile art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017:

"(3) În cazul contractelor de servicii/lucrări, comisia de evaluare are obligația ca, odată ce a fost prezentat documentul care confirmă recepționarea respectivelor servicii/lucrări în perioada de referință, să ia în calcul toată valoarea/cantitatea care face obiectul respectivului document, în condițiile în care acestea sunt integrate într-un livrabil/obiect de construcție cu funcționalitate independentă, fără a se elimina din calcul, în mod artificial, valori/cantități de servicii/lucrări aferente lunilor/anilor ce nu se încadrează în intervalul de timp urmărit."

(32) Această interpretare este însă eronată și rezultă dintr-o aplicare formală și necorelată a dispozițiilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017. Astfel, art. 13 alin. (3) din Instrucțiune este aplicabil exclusiv în ipoteza contractelor de servicii sau lucrări care au ca finalitate un livrabil final sau un obiect de construcție cu funcționalitate independentă, situație în care serviciile prestate sunt integrate într-un rezultat final distinct și identificabil.

(33) Cu titlu exemplificativ, această ipoteză vizează în mod evident serviciile de proiectare, care se finalizează prin elaborarea și predarea proiectului tehnic final, acesta reprezentând livrabilul unic și determinant urmărit de beneficiar. În asemenea cazuri, întreaga valoare a serviciilor poate fi luată în considerare, întrucât acestea sunt inseparabile de livrabilul final și nu pot fi fragmentate artificial pe intervale de timp.

(34) În schimb, serviciile de supervizare a lucrărilor au un caracter continuu, fiind prestate pe întreaga durată a contractului, fără a avea ca finalitate un livrabil final distinct care să fie recepționat ca atare de beneficiar. Finalitatea acestor servicii constă în asigurarea permanentă și continuă a unui management corespunzător al execuției lucrărilor, prin monitorizarea, verificarea și certificarea etapelor de execuție, și nu în realizarea unui rezultat material sau documentar cu funcționalitate independentă.

(35) Prin urmare, în cazul serviciilor de supervizare, valoarea care poate fi luată în considerare pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară este exclusiv cea aferentă serviciilor efectiv prestate în perioada de referință, respectiv ultimii 3 ani calculați până la data-limită de depunere a

ofertelor, astfel cum rezultă din documente emise sau contrasemnate de beneficiar.

(36) Acceptarea includerii întregii valori a contractului de supervizare, indiferent de perioada efectivă de prestare, echivalează cu o denaturare a scopului cerinței de experiență similară și cu încălcarea principiilor proporționalității și tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

(37) În aceste condiții, Autoritatea Contractantă avea obligația de a exclude din calcul valorile aferente serviciilor de supervizare prestate în afara perioadei de referință și de a constata neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, cu consecința respingerii ofertei ca inacceptabilă.

(38) În plus față de cele anterior expuse, se impune a fi subliniat faptul că unul dintre contractele invocate de ofertantul declarat câștigător pentru dovedirea experienței similare nu se încadrează nici sub aspectul obiectului în cerințele impuse prin Fișa de Date a achiziției.

(39) Astfel, contractul având ca obiect „Supervizare lucrări: ...” vizează supervizarea realizării unui obiectiv punctual de tip pasaj denivelat și nu supravegherea lucrărilor de construcție, modernizare, reabilitare, lărgire, consolidare a drumurilor județene, drumurilor naționale, drumurilor expres sau autostrăzilor, astfel cum a fost definit în mod limitativ obiectul serviciilor similare prin Fișa de Date.

(40) Or, cerința de calificare nu are un caracter general, ci stabilește în mod expres că experiența similară trebuie să vizeze servicii de supraveghere aferente lucrărilor de drumuri.

(41) Prin urmare, contractul privind pasajul denivelat nu poate fi valorificat pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară, fiind străin de obiectul serviciilor solicitate de Autoritatea Contractantă.

(42) În consecință, chiar și în ipoteza în care s-ar admite, prin absurd, aplicabilitatea art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 și luarea în considerare a întregii valori a contractului, ofertantul nu îndeplinește criteriul de selecție privind experiența similară, întrucât unul dintre contractele invocate este neeligibil sub aspectul obiectului.

(43) Coroborând neeligibilitatea contractului privind pasajul denivelat cu imposibilitatea valorificării integrale a contractului de supervizare a drumului județean din perspectiva perioadei de referință, rezultă că ofertantul declarat câștigător nu face dovada îndeplinirii cerinței minime de experiență similară, astfel cum a fost aceasta stabilită prin Fișa de Date a achiziției.

(44) În aceste condiții, Autoritatea Contractantă consideră că avea obligația de a constata neîndeplinirea criteriului de selecție privind capacitatea tehnică și/sau profesională și de a respinge oferta ca inacceptabilă.

II. NETEMEINICIA APĂRĂRILOR FORMULATE DE AUTORITATEA CONTRACTANTĂ

1. CONTRAR SUSȚINERILOR AUTORITĂȚII CONTRACTANTE, ACEASTA NU ȘI-A ÎNDEPLINIT OBLIGAȚIA DE A ACORDA ACCES LA DOSARUL ACHIZIȚIEI.

(45) Autoritatea Contractantă susține că afirmațiile contestatorului privind acordarea accesului la dosarul achiziției ulterior momentului la care

aceasta ar fi putut utiliza remediile legale ar fi „total eronate și menite să discrediteze Autoritatea contractantă în fața Consiliului”, întrucât:

(i) în data de ... ar fi fost încărcat în SEAP Raportul procedurii nr. ... și comunicările privind rezultatul procedurii aferente fiecărui ofertant;

(ii) ar fi răspuns solicitării de acces la dosar prin adresa din ..., „cu respectarea întocmai a termenului de o zi lucrătoare” prevăzut de art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, invitând ... SRL la studierea documentelor la ... și ...; iar,

(iii) ... SRL „a ales să nu dea curs ” acestor invitații, deși „ambele termene ” ar fi fost „în interiorul termenului legal de formulare a unei eventuale contestații”.

(46) Or, după cum se va demonstra în cele ce urmează, susținerile Autorității Contractante sunt în totalitate lipsite de fundamentare.

1.1. Încărcarea unor documente în SEAP nu echivalează cu acces la dosarul achiziției și nu înlătură obligația de a permite accesul efectiv la acesta.

(47) Contrar susținerilor Autorității Contractante, faptul că la data de ... au fost încărcate în SEAP Raportul procedurii și comunicările privind rezultatul procedurii nu reprezintă o apărare temeinică, întrucât această împrejurare nu echivalează cu acordarea accesului la dosarul achiziției.

(48) Publicarea unor documente de sinteză nu poate înlocui accesul la înscrisurile fără de care exercitarea căii de atac devine iluzorie, respectiv documentele care permit verificarea modului de evaluare, a raționamentelor Autorității Contractante și a conformității ofertelor.

(49) Cu alte cuvinte, simpla cunoaștere a rezultatului procedurii nu echivalează cu accesul la documentele și la raționamentele care au stat la baza acestuia. În lipsa accesului la aceste documente, contestatorul se află în imposibilitatea obiectivă de a formula critici complete și efective, ceea ce contravine exigențelor dreptului la un remediu efectiv.

1.2. Neîndeplinirea obligației de a asigura un acces efectiv la dosarul achiziției în sensul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

(50) Autoritatea Contractantă invocă respectarea termenului de o zi lucrătoare prevăzut de art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 pentru a justifica legalitatea conduitei sale. Însă, respectarea formală a acestui termen nu este, prin ea însăși, suficientă pentru a demonstra că accesul la dosarul achiziției a fost asigurat într-o manieră efectivă și utilă din perspectiva exercitării dreptului la apărare.

(51) Răspunsul comunicat la data de ... s-a limitat la invitarea ... SRL la sediul Autorității Contractante din ..., cu impunerea exclusivă a studierii fizice a documentelor, deși aceasta are sediul în ... și a solicitat în mod rezonabil transmiterea documentelor în format electronic, motivat de termenul extrem de scurt pentru luarea la cunoștință de acestea și respectiv formularea contestației.

(52) Or, dispozițiile legale incidente nu consacră obligativitatea studierii dosarului achiziției exclusiv la sediul autorității contractante, iar refuzul transmiterii documentelor în format electronic, în lipsa unui temei legal sau motivat de orice altă împrejurare de fapt, constituie o restrângere nejustificată a accesului la informațiile relevante pentru apărarea intereselor legitime ale operatorului economic.

(53) Mai mult, organizarea accesului la dosar în intervale distincte și limitate, prin fragmentarea consultării documentelor la date distincte, este de natură să afecteze în mod substanțial posibilitatea reală de analiză și de formulare a unor critici punctuale.

1.3. Caracterul tardiv al accesului la documentele esențiale din dosarul achiziției

(54) Autoritatea Contractantă arată că a invitat ... SRL la data de ... pentru studierea documentelor care nu fac parte din propunerile tehnice și financiare, iar la data de ... pentru studierea dosarului achiziției, cu excepția informațiilor declarate confidențiale.

(55) Această modalitate de organizare a accesului evidențiază faptul că documentele relevante pentru formularea criticilor nu au fost puse la dispoziție într-un interval de timp util.

(56) Astfel, pentru data de ..., accesul a fost limitat la raportul procedurii și la documente care nu conțin elementele esențiale ale evaluării ofertelor, respectiv propunerile tehnice și financiare, clarificările și fundamentările de preț/cost, documente indispensabile pentru verificarea legalității desemnării ofertantului câștigător.

(57) Chiar acceptând, strict argumentativ, susținerea Autorității contractante potrivit căreia termenul-limită pentru formularea contestației ar fi fost data de ..., acordarea accesului la documentele relevante chiar la limita expirării acestui termen nu poate fi calificată drept acces efectiv la dosarul achiziției.

(58) Accesul acordat într-un moment care nu lasă un interval rezonabil pentru studierea documentelor, corelarea informațiilor și redactarea unei contestații motivate este incompatibil cu dreptul la apărare și cu exigențele unui remediu efectiv.

(59) În plus, după cum s-a menționat anterior, termenul-limită de formulare a contestației era data de ..., invitarea la studierea dosarului achiziției la data de ... fiind ulterioară expirării termenului legal, situație care contrazice susținerile Autorității Contractante.

1.4. Inexistența unei conduite culpabile a contestatorului în raport cu modalitatea de acces stabilită de Autoritatea Contractantă.

(60) Autoritatea Contractantă susține că ... SRL ar fi ales să nu dea curs invitațiilor formulate, or, o asemenea concluzie este neîntemeiată, întrucât ignoră împrejurarea esențială că modalitatea de acces propusă nu asigură un acces util și complet la documentele relevante pentru exercitarea căii de atac, fiind limitată, fragmentată și lipsită de eficiență în raport cu termenul procedural aplicabil.

(61) ... SRL nu putea de a accepta sau valida o modalitate de acces care restrângea dreptul la apărare. Dimpotrivă, s-a solicitat o formă rezonabilă de acces la dosar, respectiv transmiterea documentelor în format electronic, modalitate care nu este interzisă de lege și care este compatibilă atât cu regimul general al accesului la informațiile de interes public, cât și cu principiul transparenței în materia achizițiilor publice. Opțiunea Autorității Contractante de a impune exclusiv accesul fizic nu poate fi transformată într-o pretinsă culpă a contestatorului.

(62) Se reamintește faptul că Legea nr. 98/2016 nu conține nicio dispoziție care să interzică transmiterea sau copierea documentelor din

dosarul achiziției, iar art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 nu consacră studierea exclusiv fizică la sediul autorității contractante ca unică și obligatorie modalitate de acces.

(63) Dimpotrivă, art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 califică dosarul achiziției publice drept document public și prevede aplicabilitatea termenelor și procedurilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public, ceea ce exclude orice interpretare potrivit căreia accesul ar fi limitat, prin principiu, la o simplă „vizualizare” la sediul autorității.

(64) În acest cadru normativ, Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public prevede expres posibilitatea obținerii de copii ale documentelor solicitate, singura condiție admisă fiind suportarea costurilor de copiere, acolo unde este cazul. Legiuitorul nu distinge între „consultare” și „copiere” ca forme ale accesului, ci recunoaște explicit dreptul de a obține copii ale documentelor de interes public.

(65) Așadar, în măsura în care chiar publicul larg poate obține copii ale unor documente administrative, este cu atât mai lipsit de temei să se susțină că un operator economic direct interesat, care urmărește exercitarea unei căi de atac, nu ar putea avea acces la acestea.

(66) Refuzul de a permite obținerea unor copii ale documentelor, în lipsa unui temei legal și în contextul invocării extensive a confidențialității, reprezintă o restrângere nejustificată a accesului la informație și, implicit, a dreptului la apărare.

(67) Prin urmare, în situația în care deplasarea la sediul Autorității Contractante este imposibilă sau excesiv de împovărătoare, raportat la distanță, termen și volumul documentelor, Autoritatea Contractantă avea obligația de a permite o modalitate alternativă și rezonabilă prin transmiterea de copii electronice ale documentelor, cel puțin pentru documentele neconfidențiale și pentru părțile neacoperite de confidențialitate dovedită, astfel încât exercitarea dreptului la apărare și a dreptului la un remediu efectiv să nu fie golite de conținut.

1.5. Aplicarea nejustificată a regimului de confidențialitate asupra documentelor din dosarul achiziției.

(68) Autoritatea Contractantă operează, în răspunsul său, cu o distincție între documente „care nu au fost declarate și probate ca fiind confidențiale” și documente care ar necesita anonimizare pentru informații declarate confidențiale. Însă, confidențialitatea nu se prezumă și nu poate funcționa prin calificări globale/abstracte, ci numai în limitele și condițiile expres prevăzute de lege.

(69) În continuare, aceasta susține că ... SRL ar fi refuzat să dea curs invitațiilor la sediu pentru studierea documentelor „nedeclarate și neprobate ca fiind confidențiale”, inclusiv a ofertei ofertantului câștigător „în integralitatea ei”, iar, în același timp, invocă necesitatea anonimizării/extinderii confidențialității asupra proceselor-verbale de analiză, întrucât acestea ar conține „preluări întocmai” din documente declarate confidențiale, inclusiv din răspunsurile la clarificări.

(70) Aceste apărări sunt inconsecvente și nu răspund criticii centrale: accesul pus la dispoziție nu a fost efectiv și util, iar rațiunea confidențialității a fost utilizată în mod extensiv, fără o delimitare strictă și fără proporționalitatea cerută de lege.

(71) Potrivit art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016: caracterul confidențial se aplică „doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite” ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale ori informații protejate de un drept de proprietate intelectuală, iar „informațiile indicate ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”.

(72) Acest standard juridic rezultă și din logica aplicării art. 57 alin. (1) și (4) în practică: operatorul economic are posibilitatea de a proteja anumite informații, însă obligația corelativă este aceea de a le identifica concret și de a demonstra, prin dovezi, că dezvăluirea lor ar prejudicia interese legitime, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. O invocare generală, de tip „know-how”/„secrete comerciale”, fără demonstrarea concretă a prejudiciului și fără delimitarea informațiilor, nu echivalează cu probarea cerută de lege.

(73) În ceea ce privește Declarația de confidențialitate a ... SRL (în măsura în care a fost făcută în limitele art. 57 din Legea nr. 98/2016), aceasta reprezintă exercitarea unui drept recunoscut de lege, nu o renunțare la dreptul de acces la documentele competitorului și nici o acceptare a unei opacizări a procedurii.

(74) Dreptul de a proteja anumite informații și dreptul de a contesta legalitatea evaluării sunt drepturi distincte, care trebuie conciliate prin soluții proporționale (anonimizare punctuală), nu puse artificial în opoziție pentru a anula accesul la dosar.

(75) În fine, chiar în ipoteza existenței unor elemente cu adevărat confidențiale, soluția legală este restrângerea accesului strict în măsura necesară pentru protejarea acelor informații punctuale, iar nu amânarea ori blocarea accesului la documente în ansamblul lor, atunci când respectivele documente sunt indispensabile verificării legalității evaluării și a desemnării ofertantului câștigător.

(76) Referitor la repunerea contestatorului în termenul de contestare a actelor emise de Autoritatea Contractantă, se arată că prin punctul de vedere înaintat de către aceasta se face o unică trimitere la argumentele formulate de ... SRL prin contestație, respectiv "Având în vedere cele expuse anterior, se consideră că solicitarea contestatorului nu este în niciun fel justificată".

(77) O asemenea manieră de răspuns este vădit insuficientă din perspectiva exigențelor de motivare care incumbă Autorității Contractante. Cererea de repunere în termen constituie o solicitare distinctă, ce impune o analiză proprie, raportată la circumstanțele concrete invocate de contestator și la împrejurările ce au fost aduse în fața Consiliului.

2. NETEMEINICIA APĂRĂRIILOR FORMULATE DE AUTORITATEA CONTRACTANTĂ REFERITOR LA ÎNCĂLCAREA OBLIGAȚIILOR PREVĂZUTE DE ART. 215 DIN LEGEA NR. 98/2016 CU PRIVIRE LA COMUNICAREA REZULTATULUI PROCEDURII.

(78) Autoritatea Contractantă susține, în mod generic, că ar fi respectat „întocmai” prevederile art. 215 din Legea nr. 98/2016, prin comunicările privind rezultatul procedurii încărcate în SEAP la data de ..., apreciind că acestea ar conține toate informațiile cerute de lege. O asemenea susținere nu poate fi primită, întrucât respectarea obligației prevăzute de art. 215 nu se

apreciază prin simpla existență a unei comunicări formale, ci prin conținutul efectiv al acesteia.

(79) Obligația instituită de art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este una de informare substanțială, nu una pur formală. Textul legal impune autorității contractante să comunice ofertantului admisibil, dar necâștigător, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei câștigătoare în raport cu oferta sa, astfel încât acesta să poată înțelege raționamentul decizional și să aprecieze oportunitatea exercitării unei căi de atac.

(80) Or, simpla enumerare a unor elemente precum numele ofertantului câștigător, punctajul total obținut și valoarea ofertei nu satisface exigențele art. 215 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, în absența unei explicații concrete privind de ce și în ce mod oferta câștigătoare a fost apreciată ca fiind mai avantajoasă decât oferta ... SRL.

(81) Din conținutul comunicării rezultatului procedurii rezultă că Autoritatea Contractantă s-a limitat la a menționa faptul că oferta ... SRL a fost declarată admisibilă, dar clasată pe locul III, precum și la indicarea punctajului total și a valorii ofertei declarate câștigătoare. Nu se regăsește nicio informație referitoare la modul de evaluare a factorilor de atribuire și la elementele concrete care au diferențiat oferta câștigătoare de oferta contestatorului.

(82) În mod particular, lipsesc cu desăvârșire explicațiile privind:

- modul de punctare a fiecărui factor de evaluare de natură tehnică;
- elementele concrete ale propunerii tehnice care au fost apreciate ca superioare;
- raționamentele care au condus la acordarea unui punctaj mai mare ofertei câștigătoare;
- comparația efectivă dintre oferta ... SRL și oferta câștigătoare.

(83) O asemenea comunicare nu permite ofertantului necâștigător să identifice motivele reale ale clasării sale inferioare și îl plasează într-o imposibilitate obiectivă de a formula critici punctuale, fundamentate, contrar scopului urmărit de art. 215 din Legea nr. 98/2016 și principiului transparenței consacrat de art. 2 alin. (2) și art. 49 alin. (1) din același act normativ.

(84) Afirmațiile Autorității Contractante potrivit cărora evaluarea ofertelor ar fi fost realizată „în conformitate cu principiile care stau la baza legislației în materia achizițiilor publice” și cu prevederile Ordinului ANAP nr. 1170/2021 sunt lipsite de relevanță în analiza respectării dispozițiilor prevăzute de art. 215 din Legea nr. 98/2016.

(85) Chiar presupunând, strict argumentativ, că procesul de evaluare ar fi fost corect și temeinic, această împrejurare nu exonerează Autoritatea Contractantă de obligația distinctă și autonomă de a comunica ofertantului necâștigător motivele concrete ale deciziei, astfel cum impune art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

(86) Legalitatea evaluării și legalitatea comunicării rezultatului procedurii sunt chestiuni diferite, supuse unor exigențe proprii. O evaluare pretins corectă, dar insuficient comunicată, nu satisface cerințele principiului transparenței și nu poate fi opusă ofertantului pentru a-i limita dreptul la apărare.

(87) În concluzie, Autoritatea Contractantă nu a respectat obligațiile prevăzute de art. 215 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu a comunicat ... SRL caracteristicile și avantajele relative ale ofertei câștigătoare în raport cu oferta sa, limitându-se la informații generale și formale.

3. NETEMEINICIA APĂRĂRILOR FORMULATE DE AUTORITATEA CONTRACTANTĂ REFERITOR EVALUAREA ERONATĂ ȘI NELEGALĂ A FACTORILOR DE EVALUARE ÎN CEEA CE PRIVEȘTE LA PERSONALUL SPECIALIZAT ÎN CEEA CE PRIVEȘTE EXPERTUL CHEIE PROPUȘ DE ... SRL PENTRU ROLUL DE COORDONATOR CONTRACT.

(88) Prin punctul de vedere formulat, Autoritatea contractantă susține, în esență, că experiența profesională invocată de ... SRL pentru expertul-cheie propus în poziția de „Coordonator de contract (Supervizor)” nu ar fi eligibilă, întrucât ar reprezenta „atribuții interne ale beneficiarului” și nu ar fi echivalentă cu rolurile de supervizare solicitate. Pe acest fundament, Autoritatea apreciază că acordarea punctajului „0” pentru factorul de evaluare ar fi justificată.

(89) Aceste apărări sunt netemeinice, întrucât (i) se întemeiază pe o confuzie pur formală (pe care chiar Autoritatea o amplifică), (ii) introduc, în etapa de evaluare, un subcriteriu neprevăzut de documentația de atribuire (condiția ca experiența să fie dobândită exclusiv „din partea supervisorului/entității independente”), și (iii) conduc la o aplicare neunitară și contradictorie a cerințelor aceleiași documentații (acceptarea expertului că îndeplinește cerința minimă, dar punctarea lui cu 0 la factorul de evaluare care vizează aceeași experiență).

(90) Autoritatea susține că ... SRL ar fi indicat în contestație „dl. ...”, în timp ce în documentele de ofertă ar apărea „...”, insinuând o „eroare esențială privind identitatea persoanei”.

(91) Această susținere nu poate fi primită. Diferența de redactare reprezintă o eroare materială de scriere (omisiunea prenumelui „...”), fără aptitudinea de a genera vreo îndoială rezonabilă cu privire la persoana nominalizată, în condițiile în care identitatea expertului rezultă neechivoc din ansamblul înscrisurilor depuse odată cu oferta (CV, declarație de disponibilitate, diplomă, recomandări/documente de la beneficiari/angajatori).

(92) Mai mult, chiar prin modul în care își construiește apărarea, Autoritatea confirmă că discuția nu privește identitatea persoanei, ci calificarea experienței acesteia. Prin urmare, invocarea numelui acestuia nu poate substitui examinarea cerinței și a documentelor depuse și nu poate legitima menținerea unui punctaj „0” acordat pe considerente ce țin de interpretarea (nepermisă) a documentației.

(93) Conform art. 187 din Legea nr. 98/2016 și art. 32 alin. (1)-(3) din H.G. nr. 395/2016, în cazul criteriului „cel mai bun raport calitate-preț”, factorii de evaluare, algoritmul de punctare și metodologia trebuie precizate „clar și detaliat” în documentația de atribuire, astfel încât să poată fi urmărite în evaluare, iar comisia este obligată să aplice factorii de evaluare astfel cum au fost publicați.

(94) În speță, documentația a definit rolul/poziția eligibilă printr-o enumerare deschisă de denumiri (Coordonator contract/Coordonator proiect/Inginer rezident/Manager proiect/Manager contract/Director

proiect/Director contract/Project Manager"). Documentația nu conține nicio condiție expresă ca persoana să fi deținut aceste roluri exclusiv „din partea consultantului/supervizorului” și nici nu exclude experiența dobândită în cadrul beneficiarului, atunci când aceasta privește managementul, coordonarea și implementarea unor contracte de infrastructură rutieră (inclusiv contracte de supervizare).

(95) Or, prin teza că „supervizorul este entitate independentă între beneficiar și antreprenor” și că „funcțiile interne ale autorității nu sunt echivalente”, Autoritatea nu se limitează la aplicarea documentației, ci adaugă, ex post, o restricție suplimentară (un filtru de eligibilitate) care nu a fost adusă la cunoștința ofertanților.

(96) O astfel de condiție nu poate fi opusă contestatorului, întrucât încalcă principiul transparenței și interdicția de a aplica subcriterii/subcondiții nepublicate, principii rezultate atât din Legea nr. 98/2016 (art. 2 și art. 49), cât și din jurisprudența europeană amintită în contestația formulată (obligația de interpretare unitară și previzibilă a criteriilor pe tot parcursul procedurii).

(97) Prin urmare, argumentul Autorității potrivit căruia documentația „nu permite extrapolare sau echivalare” este nefondat: echivalarea nu este o „extrapolare”, ci o operațiune normală de aplicare a criteriilor atunci când documentația a permis expres o plajă de titulaturi și a condiționat punctajul de participarea în contracte relevante, probată prin documente emise de beneficiar/angajator. Ceea ce este interzis este tocmai contrariul: restrângerea ulterioară a domeniului de aplicare a factorului, printr-o condiție „din partea supervizorului” care nu există în actele achiziției.

(98) Contestatorul a dovedit, prin recomandări/documente emise de beneficiari/angajatori, că expertul propus a îndeplinit atribuții de gestionare, coordonare și management al contractelor (tehnic, financiar și administrativ), în proiecte de infrastructură, inclusiv în relația cu execuția lucrărilor și cu derularea contractelor.

(99) În mod artificial, Autoritatea reduce analiza la o distincție de etichetă („atribuții interne” versus „supervizare”) și ignoră conținutul efectiv al activităților dovedite. Or, factorul de evaluare vizează „organizarea, calificarea și experiența personalului” (art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016), adică experiența relevantă raportată la obiectul contractului și la impactul asupra calității executării, nu apartenența formală la o anumită „tabără” (beneficiar/consultant).

(100) Mai mult, în practica proiectelor de infrastructură, există situații în care beneficiarul (prin personal propriu) exercită în mod efectiv coordonarea/managementul contractului înainte de desemnarea unei echipe de supervizare sau în lipsa unei structuri distincte de supervizare.

(101) În aceste situații, rolul funcțional al persoanei care coordonează implementarea contractului (urmărirea progresului, gestionarea livrabilelor, corelarea aspectelor tehnice și financiare, monitorizarea conformității) este exact cel pe care documentația îl valorizează prin factorul „Coordonator contract (Supervizor)”.

(102) Acest lucru este demonstrat de asemănarea activităților cuprinse în fișa postului aferentă poziției ocupate de dl. ... (Anexa 2) și activitățile supervizorului din modelul standard de contract reglementat de HG nr. 1/2018:

Fișa postului	HG nr. 1/2018
Coordonează implementarea tehnică, financiară și administrativă în conformitate cu prevederile contractuale, a contractelor de lucrări, servicii și achiziții derulate în cadrul structurilor funcționale aflate în subordinea sa	Acest rol esențial reiese din coroborarea clauzelor contractuale
Supervizează verificarea din punct de vedere contractual, administrativ și tehnic a documentațiilor tehnico-economice elaborate în cadrul proiectelor implementate în cadrul structurilor funcționale aflate în subordinea sa	Verificarea proiectelor tehnice elaborate de Antreprenori de către Supervisor conform clauzei 19 din Condițiile Generale
Avizează certificatele de plată și facturile Antreprenorilor	Atribuție a Supervisorului conform clauzei 50 din Condițiile Generale
Coordonează verificarea respectării soluțiilor tehnice	Acest rol esențial reiese din coroborarea clauzelor contractuale
Supervizează verificarea și propune aprobarea ordinelor de variație elaborate în cadrul contractelor implementate	Atribuție a Supervisorului conform clauzei 37 din Condițiile Generale

(103) Prin urmare, afirmația Autorității că experiența invocată „nu se încadrează în categoria solicitată și nu reprezintă echivalent” este neîntemeiată: documentația nu a condiționat eligibilitatea de calitatea instituțională a angajatorului, ci de participarea expertului în contracte relevante și de roluri/atribuții de coordonare/management, dovedite prin documente. ... SRL a făcut această dovadă.

(104) Din propria logică a documentației (și din modul în care Autoritatea a derulat evaluarea) rezultă că expertul propus a fost acceptat că îndeplinește cerința minimă pentru poziția de „Coordonator Contract (Supervisor)” (Capitolul 7 - personal; 7.2 experți cheie). Or, aceeași documentație folosește această poziție și ca factor de evaluare, cu algoritm care pornește de la „participarea în 1 contract = 3 puncte”.

(105) În aceste condiții, acordarea punctajului „0” este, în sine, incompatibilă cu concluzia de conformitate a propunerii tehnice. Dacă, potrivit Autorității, experiența nu ar fi fost relevantă „în niciun contract”, atunci cerința minimă nu ar fi putut fi considerată îndeplinită; invers, dacă cerința minimă a fost considerată îndeplinită, atunci, cel puțin, participarea în 1 contract trebuia punctată cu minimul algoritmului (3 puncte). A susține simultan (i) că expertul este acceptat pentru rolul cerut și (ii) că nu are experiență punctabilă nici măcar pentru un contract reprezintă o aplicare neunitară a documentației și o evaluare lipsită de coerență, contrară obligațiilor comisiei prevăzute de art. 127 lit. f), g) și l) din H.G. nr.

395/2016 (verificare conformitate; evaluare în criteriile de atribuire; aplicarea factorilor astfel cum au fost stabiliți).

(106) În plus, Autoritatea nu poate „repara” această contradicție prin afirmații generale de tipul „cerința a fost clară, precisă și previzibilă” sau prin reproșul că ofertantul nu a cerut clarificări. Lipsa unei solicitări de clarificări nu legitimează introducerea unui subcriteriu nou și nici nu justifică acordarea unui punctaj care contrazice chiar rezultatul evaluării de conformitate.

(107) Documentația de atribuire nu condiționează acordarea punctajului aferent factorului de evaluare „Experiența deținută de Coordonator Contract (Supervizor)” de exercitarea funcției exclusiv din partea unei entități de supervizare distincte, ci de exercitarea efectivă a unor atribuții de coordonare, management și implementare a contractelor, în cadrul unor proiecte relevante de infrastructură rutieră.

(108) Din documentele justificative depuse de ... SRL rezultă fără echivoc că expertul nominalizat a exercitat, în cadrul CNAIR, atribuții de responsabil contracte (inginer), constând în gestionarea, coordonarea și implementarea contractelor din punct de vedere tehnic, financiar și administrativ, atribuții care, prin conținutul lor, corespund funcțional rolului de Coordonator Contract (Supervizor) astfel cum acesta este definit în documentația de atribuire.

(109) Argumentul Autorității Contractante potrivit căruia aceste funcții nu ar fi „echivalente” deoarece nu ar reprezenta roluri de supervizare externă este lipsit de temei, întrucât documentația nu consacră o asemenea distincție, iar criteriul de evaluare vizează experiența profesională efectivă și relevantă, nu poziționarea formală a expertului față de beneficiar sau consultant.

(110) Mai mult, în situațiile în care beneficiarul nu a desemnat o entitate distinctă de supervizare sau anterior desemnării acesteia, atribuțiile de coordonare, control și urmărire a derulării contractelor revin în mod firesc responsabilului de contract din cadrul beneficiarului, care exercită, în fapt, rolul funcțional al supervisorului. A nega această realitate ar echivala cu ignorarea modului concret de implementare a contractelor publice de infrastructură.

(111) În mod eronat, Autoritatea Contractantă procedează la o disociere artificială între conținutul atribuțiilor exercitate și denumirea formală a funcției, deși documentația de atribuire enumeră explicit o pluralitate de titulaturi acceptate pentru poziția de Coordonator Contract, tocmai pentru a reflecta diversitatea formelor de organizare a proiectelor și a evita excluderi nejustificate.

(112) În aceste condiții, interpretarea Autorității Contractante conduce așa cum am arătat și mai sus, la o restrângere nejustificată a factorului de evaluare, prin adăugarea implicită a unei cerințe suplimentare, aceea ca experiența să fie dobândită exclusiv din partea unei entități de supervizare, cerință care nu se regăsește în documentația de atribuire și care nu a fost adusă la cunoștința ofertanților.

(113) În lipsa oricărei motivări concrete privind inexistența experienței relevante și în absența unei solicitări de clarificări, acordarea punctajului 0 reprezintă o măsură excesivă și formalistă, care nu reflectă

realitatea documentelor depuse și golește de conținut factorul de evaluare instituit prin documentația de atribuire.

(114) Prin urmare, apărările Autorității Contractante referitoare la pretinsa neechivalență a experienței expertului propus sunt netemeinice și nu pot justifica evaluarea realizată, impunându-se reanalizarea factorului de evaluare aferent poziției de Coordonator Contract (Supervizor) cu raportare la atribuțiile efectiv exercitate și la documentele justificative depuse de ... SRL.

Contestatorul a constituit cautiunea în sumă de ... lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. ..., eliberată de CEC Bank – Sucursala ..., la data de ...

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat licitația deschisă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect servicii de supervizare pentru lucrările „...”, cod CPV ... În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „Cel mai bun raport calitate-preț”.

Nemulțumit fiind de rezultatul evaluării ofertei sale, din Comunicarea nr. ..., cuprins și în raportul procedurii nr. ... din ..., prin care oferta sa a fost considerată conformă, dar necâștigătoare, ... SRL a depus contestația în analiză, care formează obiectul dosarului nr. ...

Autorul contestației reclamă, pe de o parte, lipsa de transparență a autorității contractante, în privința modului de comunicare a rezultatului evaluării ofertei proprii, în raport cu oferta câștigătoare, dar și în privința refuzului celei de-a doua de a-i comunica electronic informațiile din dosarul achiziției. Pe de altă parte, contestatoarea se consideră vătămată de modul de aplicare a punctajului ofertei proprii, în privința experienței profesionale a expertului cheie propus pentru poziția de „Coordonator contract (supervizor)”, ceea ce a condus la stabilirea incorectă a clasamentului, cu avantajarea ofertei desemnate câștigătoare, ca trebuia respinsă.

Pentru motivele, succint reținute de Consiliu, ... SRL solicită anularea actelor de stabilire a actualului rezultat (raportul procedurii nr. ... din ..., actele subsecvente lui, inclusiv a proceselor-verbale prealabile, dar și a adresei de comunicare a rezultatului) și obligarea autorității contractante la reevaluarea propriei oferte, cu desemnarea ei câștigătoare și la respingerea ofertei ...SRL, ca neconformă și inacceptabilă.

Văzând conținutul actelor atacate, în raport cu susținerile părților, Consiliul reține că oferta contestatorului a fost punctată cu 45 puncte (din 60 maxim), la componenta tehnică, în lipsa punctajului aferent subfactorului privind experiența profesională a coordonatorului de contract.

Consiliul reține că, privitor la experții cheie, autoritatea contractantă a stabilit, prin fișa de date a achiziției (secțiunea *II.2.5 Criterii de atribuire*), modalitatea de punctare suplimentară a experienței profesionale, dar pe lângă aceasta, prin caietul de sarcini (la pagina 25 a documentului), cerințele minime de experiență profesională, pentru a stabili conformitatea ofertei:

”7.2. Experți cheie

Experții cheie propuși vor avea calificarea și experiența profesională necesară, astfel încât să respecte legislația în domeniu și să asigure respectarea obligațiilor și răspunderilor în privința calitatii în construcții, în conformitate cu cerințele minime enunțate mai jos. În vederea demonstrării îndeplinirii acestor cerințe minime, Ofertanții vor prezenta în Propunerea Tehnică, pentru experții pentru care Autoritatea Contractantă a solicitat aceste documente, CV-urile și documentele justificative solicitate în vederea îndeplinirii cerințelor privind fiecare expert cheie în parte

Experții cheie pentru proiect, precum și descrierea generală a activităților necesar a fi desfășurate de către aceștia, sunt după cum urmează:

7.2.1. Coordonator Contract (Supervizor)

Cerințe:

- Deține Diploma de Inginer al unei Facultăți/ Universități în domeniul construcțiilor de drumuri, poduri sau similar;*
- Experiența profesională detinută în poziția de Coordonator proiect/ contract și/sau Adjunct Coordonator proiect/ contract și/sau Inginer Rezident și/sau Manager proiect/ contract și/sau Adjunct Manager proiect/ contract și/sau Director proiect/ contract și/sau Adjunct Director proiect/ contract și/sau Project Manager și/sau Project Manager Adjunct, în cadrul unui contract de supervizare/consultanță și/sau execuție lucrări și/sau proiectare și execuție lucrări de construcție nouă și/sau modernizare și/sau lărgire și/sau reabilitare de drumuri naționale și/ sau drumuri expres și/ sau autostrăzi.*

Nota 1: *în vederea îndeplinirii cerințelor de mai sus, ofertanții vor prezenta diploma de studii, CV-urile și documentele justificative (recomandări/ documente emise de beneficiari/angajatori).* **Nota 2:** *Cerințele de mai sus reprezintă cerințe minime pe care ofertanții au obligația să le îndeplinească în vederea stabilirii conformității propunerii tehnice.*

Practic, pentru absența experienței profesionale specifice, ofertele ar trebui respinse, ca neconforme, așa cum a stabilit autotitatea contractantă, prin Nota 2, sus evocată. Astfel, se confirmă susținerile contestatorului că, deși oferta sa a fost considerată conformă, în raport cu experiența profesională a persoanei propuse pentru funcția de coordonator contract (supervizor), ..., comisia de evaluare nu a acordat acestei persoane/oferte punctajul minimal, motivat de aprecierea că, din documentele prezentate, nu reiese că a avut ”experiență de Coordonator de contract în categoriile de contracte de servicii prevăzute conform cerințelor” (conform procesului-verbal nr. ... din ... – pagina 16).

Or, susținerile din cadrul punctului de vedere la contestație, ce fac trimitere la lipsa dovezilor unei echivalențe a activităților derulate de expert în precedent, raportat la viitoarele atribuții, sunt lipsite de relevanță, în condițiile în care comisia de evaluare nu a reținut acest aspect.

În fapt, analiza comisiei de evaluare a condus la două finalități, care sunt incompatibile, în raport cu amintitele reguli din caietul de sarcini, atât existența experienței profesionale minime (dar nefiind specificată sursa), dar și insuficiența ei, pentru a fi punctată.

Prin urmare, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a ținut cont de scopul urmărit, la momentul stabilirii regulilor de departajare a ofertelor, așa cum este relevant de cuprinsul strategiei de contractare (pagina 25), respectiv asigurarea unei competitivități extinse, la aplicarea factorului de evaluare în cauză, raportat la conținutul propunerii tehnice a ofertei contestatorului: *Factorul de evaluare are legătură directă cu obiectul contractului deoarece Coordonator Contract (Supervizor) va fi implicat în mod direct în realizarea contractului, având impact asupra calității lucrărilor efectiv executate.*

Astfel, experiența solicitată prin factorul de evaluare implică atât studii de specialitate, cât și familiarizarea cu specificul contractelor de execuție lucrări de construcție nouă și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau lărgire și/sau consolidare de drumuri județene și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres și/sau autostrăzi.

Prin experiența punctată pentru acest expert cheie, Autoritatea Contractantă a urmărit să obțină un avantaj calitativ în execuția lucrărilor, asigurându-se astfel un nivel ridicat de expertiză derivat din familiarizarea cu actele normative caracteristice domeniului, precum și cu practicile și procedurile specifice. Autoritatea Contractantă punctează ca experiență relevantă pentru acest contract experiența dobândită în cadrul altor contracte de supervizare execuție lucrări.

Totodată, prin asigurarea unei game foarte variate de poziții similare, Autoritatea Contractantă se asigură CĂ NU RESTRICȚIONEAZĂ competiția și acordă ofertanților posibilitatea de a beneficia de punctaj prin propunerea unor experți care au deținut poziții/titulaturi diverse în cadrul contractelor de supervizare execuție lucrări.

În ceea ce privește TIPUL SERVICIILOR acceptate în vederea acordării punctajului, Autoritatea Contractantă reține experiența dobândită de expert NU DOAR în cadrul unor contracte de supervizare execuție consolidare sector de drum național.

Experiența solicitată pentru Coordonator Contract (Supervizor) este cea deținută în cadrul unor contracte de supervizare execuție lucrări de construcție nouă și/sau modernizare și/sau reabilitare și/sau lărgire și/sau consolidare de drumuri județene și/sau drumuri expres și/sau autostrăzi.

Aceasta reprezintă un avantaj pentru Autoritatea Contractantă deoarece permite crearea unui cadru competițional între ofertanți în ceea ce privește experiența similară a persoanelor nominalizate în cadrul propunerilor tehnice pentru funcția de Coordonator Contract (Supervizor).

În acest sens, este asigurată o concurență reală între operatorii economici, deoarece aceștia vor fi motivați în propunerea unor persoane cu o experiență cât mai vastă în vederea obținerii unui punctaj cât mai mare, și în subsidiar câștigarea contractului. Pentru Autoritatea Contractantă, această concurență între operatorii economici se traduce prin mobilizarea în cadrul contractului a unor persoane cu o experiență similară cât mai mare, fapt ce se va reflecta atât în calitatea lucrărilor efectiv executate.

Experiența solicitată pentru Coordonator Contract (Supervizor) reflectă un avantaj calitativ pentru Autoritatea Contractantă în sensul că experiența și cunoștințele acumulate de acesta în cadrul unor contracte similare vor garanta o calitate mai bună a lucrărilor executate și atingerea obiectivelor

proiectului. Așa cum am demonstrat anterior, acest expert va influența în mod direct calitatea lucrărilor executate deoarece experiența acestuia se va materializa printr-o transpunere a cunoștințelor acumulate de acesta în cadrul acestui contract.

Algoritmul de calcul stabilit pentru acordarea punctajului este unul simplu și nu permite o libertate de apreciere nelimitată din partea comisiei de evaluare.

Pentru a analiza experiența echivalentă sau superioară a persoanei în cauză, comisia de evaluare ar trebui să nu se limiteze în a analiza tipul sau denumirea contractului prezentat în ofertă, ci activitatea efectiv desfășurată de persoana în cauză, în raport cu atribuțiile indicate la pag. 35 și următoarele a caietului de sarcini (precum):

- *Conducerea echipei de supervizare și coordonarea activității pentru îndeplinirea obiectivelor la cele mai înalte standarde de calitate;*
- *Asigurarea comunicării cu Beneficiarul/Autoritatea Contractantă, Antreprenorul și alți factori implicați în realizarea proiectului;*
- *Va îndeplini atribuțiile de Supervisor, așa cum sunt acestea definite în Condițiile contractului de lucrări;*
- *Va asigura îndeplinirea tuturor sarcinilor atribuite Consultantului;*
- *Va răspunde de coordonarea proiectului, pregătirea logisticii și implementare, asistență, raportare și coordonarea echipei de experți propuși. El/ea va asigura o bună comunicare cu Beneficiarul/Autoritatea Contractantă, precum și cu Antreprenorul, în toate circumstanțele, precum și în cazul revendicărilor sau pentru soluționarea diverselor probleme legate de implementarea contractului;*
- *Verificarea și aprobarea certificatelor interimare de plata și a altor documente (program de lucrări, rapoarte lunare, rapoarte săptămânale) întocmite de către Antreprenor [...].*

În situația dată, ținând cont de faptul că angajatorul la care persoana propusă în funcția cheie a obținut experiența profesională specifică este chiar CNAIR, obținerea informațiilor de certitudine privind deținerea experienței vaste în tipul de activități de interes, inclusiv pe calea unor clarificări, nu poate reprezenta nici o sarcină administrativă dificilă și nici un avantaj incorect acordat ofertei.

Prin urmare, acest motiv de contestare a modului de punctare a ofertei contestatorului este considerat de Consiliu întemeiat, motiv pentru care va anula decizia autorității contractante privind neacordarea de puncte pentru factorul de evaluare aferent experienței profesionale a coordonatorului contract și va obliga la continuarea procesului de analiză, ținând cont de caietul de sarcini și de cele statuate mai sus.

Cât privește criticile legate de lipsa, din adresa de comunicare a rezultatului, a informațiilor care să releve avantajul competitiv al ofertei câștigătoare în raport cu oferta contestatorului, Consiliul constată că susținerile sunt întemeiate, formal, întrucât aspectul în cauză nu a condus, în mod independent, la o vătămare efectivă. Contestatorul a avut acces, ulterior, la informațiile minime care i-au permis să atace decizia autorității contractante, privitor la modul de analiză a propriei oferte.

În ceea ce privește reclamata împiedicare a accesului la informațiile din dosarul achiziției, Consiliul constată că, în fapt, aceasta constă doar în refuzul

autorității contractante ca informațiile să fie puse la dispoziția contestatorului în format electronic. Corespondența dintre părți relevă faptul că autoritatea contractantă a pretins prezența fizică a reprezentantului contestatorului, la sediul său, în vederea punerii la dispoziție a documentelor de interes.

Or, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire (on line, în SEAP), este regulă instituită prin alin. (1) al art. 150 din Legea nr. 98/2016, în scopul facilitării accesului celor interesați, dar și al asigurării transparenței procedurii de atribuire: *Autoritatea contractantă asigură prin mijloace electronice, prin intermediul SEAP, accesul direct, complet, nerestricționat și gratuit al operatorilor economici la documentele achiziției începând cu data publicării anunțului de participare.*

Regula de bază, sus evocată, nu poate fi interpretată, exclusiv, de maniera celei propuse de autoritatea contractantă, privind modul de aplicare a dispozițiilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, privind accesul ofertanților la dosarul achiziției publice, întrucât acesta trebuie constituit în formatul în care s-a derulat și procedura, adică electronic.

Autoritatea contractantă are obligația de a asigura arhivarea electronică a documentelor din dosarul achiziției, conform celor impuse prin art. 149 din Normele metodologice de aplicare a legii, aprobate prin HG nr. 395/2016:

(1) În cazul în care autoritatea contractantă aplică procedurile de atribuire prevăzute de Lege prin utilizarea mijloacelor electronice de comunicare, utilizează un sistem dinamic sau o licitație electronică, autoritatea contractantă are obligația de a asigura arhivarea documentelor care fac parte din dosarul achiziției publice potrivit dispozițiilor art. 148, în conformitate cu prevederile Legii nr. 135/2007 privind arhivarea documentelor în formă electronică, republicată.

(2) În cazul procedurilor desfășurate integral prin mijloace electronice, trasabilitatea acțiunilor aferente atribuirii contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru este asigurată implicit de SEAP.

Astfel fiind, lipsa unei informări de natura celei pretinse de contestator, refuzată nefondat de autoritatea contractantă, a împiedicat cunoașterea modului de evaluare și punctare a ofertei câștigătoare, față de care a formulat critici prin contestație.

Precizarea criticilor de neconformitate și inacceptabilitate a ofertei în cauză a fost facilitată de accesul asigurat de CNSC la dosarul cauzei (...), iar înaintarea notelor/concluziilor scrise la ... respectă termenul de formulare a acestora, pe baza cererii de repunere în termen, formulată și prin contestație și prin notele scrise, conform dispozițiilor art. 186 din Codul de procedură civilă (după încetarea împiedicării luării la cunoștință a informațiilor relevante).

Prezintă relevanță practică, în situația de față, soluția și considerentele (în special, punctele 32-33 și 37), din cauza CJUE C532/20, ... SA împotriva Companiei Naționale ... SA:

32 *În această privință, trebuie amintit că nu se pot asigura căi de atac efective împotriva încălcărilor dispozițiilor aplicabile în materia atribuirii contractelor de achiziții publice decât dacă termenele prevăzute pentru introducerea acestor căi de atac încep să curgă numai de la data la care reclamantul a luat cunoștință sau ar fi trebuit să ia cunoștință despre pretinsa încălcare a dispozițiilor menționate (a se vedea prin analogie*

Ordonanța din 14 februarie 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C54/18, EU:C:2019:118, punctul 45 și jurisprudența citată).

33 În acest scop, decizia entității contractante comunicată ofertanților trebuie, conform articolului 2c din Directiva 92/13, să fie însoțită de un rezumat al motivelor pertinente.

37 Astfel, în asemenea împrejurări în care motivele pertinente ale unei decizii a autorității contractante nu au fost aduse la cunoștința ofertanților nici prin intermediul unei publicări, nici cu ocazia notificării acestei decizii, termenul în care adjudecatarul poate introduce o cale de atac împotriva unei decizii a autorității contractante prin care oferta unui ofertant necâștigător este declarată admisibilă începe să curgă nu de la data primirii acestei decizii, ci de la data comunicării către acest adjudecatar a motivelor pertinente ale deciziei menționate, care garantează că adjudecatarul menționat a avut cunoștință sau a putut să aibă cunoștință despre eventuale încălcări ale dreptului Uniunii care viciază o astfel de decizie.

Contestatorul de față a invocat neconformitatea și inacceptabilitatea ofertei desemnate câștigătoare, precizând ulterior luării la cunoștință a dosarului achiziției motivele de atac aferente.

Privitor la situația ...SRL rezultând din cuprinsul Documentul Constatator nr. ... (postat în SEAP la ...), emis de către de către Consiliul Județean ... în legătură cu contractul nr. ... privind servicii de supervizare a contractului de proiectare și execuție a lucrărilor în cadrul proiectului "...", Consiliul are în vedere că autorul a indicat 2 încălcări ale obligațiilor contractuale de către prestator:

1. abateri de la calitatea serviciilor: "Concluziile Expertizei Tehnice, întocmită de experții Universității Politehnica ... - Facultatea de Construcții, în cadrul proiectului "...", au arătat că, pe ambele tronsoane de drum ale proiectului, s-au constatat neconformități și deficiențe atât în ceea ce privește realizarea Proiectului tehnic, cât și în executarea efectivă a lucrărilor și au indicat necesitatea remedierii acestora. Pe de altă parte, conform Certificatelor Interimare de Plată nr. ..., nr. ... și nr. ..., ...SRL a recepționat și, respectiv, a certificat ca fiind conforme din punct de vedere calitativ și cantitativ, atât serviciile de proiectare realizate de Antreprenorul general Asocierea ...SRL, ... SRL, ... SA și ... SRL, prin lider de asociere ... SRL, cât și lucrările executate de acesta." și

2. neconstituirea garanției de bună execuție la termenul și în cuantumul prevăzute prin Actul Adițional nr. ... la Acordul contractual nr. ... din ... încheiat între părți și anume în 5 zile lucrătoare de la semnarea Actului adițional nr. 2 și în cuantumul de ... lei.

Față de aceste două situații, Consiliul constată aplicabilitatea dispozițiilor art. 171 alin. (5) litera b) din Legea nr. 98/2016: În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: [...] b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Or, față de acest aspect, autoritatea contractantă a solicitat informații de clarificare, iar ...SRL a precizat, pe lângă caracterul nedefinitiv al documentului constatator și absența unor litigii legate de conținutul lui, inclusiv perioada ce a trecut de la data ultimelor prestații din cadrul acelui contract, 3 ani (a se vedea răspunsul nr. ... din ..., la solicitarea de clarificare nr. ... din ... a comisiei de evaluare).

Din conținutul documentului constatator, rezultă că faptele/evenimentele pentru care s-a emis, au avut loc/s-au consumat anterior lunii iulie 2022, adică cu 3 ani înainte de data limită de ofertare din cadrul prezentei proceduri de atribuire, motiv pentru care Consiliul consideră nefondate susținerile contestatorului privind aplicabilitatea motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În privința experienței similare a ...SRL, Consiliul constată că autoritatea contractantă a solicitat ofertantului în cauză informații de clarificare/confirmare a nivelului și tipului de experiență rezultând din cele două contracte evocate de contestator, iar răspunsul de clarificare a fost considerat concludent, conform celor reținute în procesul-verbal nr. ... din ...

Consiliul consideră că autoritatea contractantă a procedat corect, acceptând luarea în calcul a perioadei de experiență similară din perioada ce excede termenului fizic de 3 ani a serviciilor ce au fost recepționate, totuși, în perioada de referință, conform cu prevederile art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 (evocată de părți), în privința contractului al cărui beneficiar este Consiliul Județean ... (perioada ...).

De asemenea, și acceptarea experienței similare rezultând din derularea serviciilor de supervizare a lucrărilor pentru pasajul rutier peste calea ferată, din contractul al cărui beneficiar este ..., este corectă, întrucât respectivele lucrări privesc infrastructura de drumuri naționale, nefiind determinant ca lucrările de drumuri să privească, exclusiv, lucrări dezvoltate la nivelul solului, cu excluderea pasajelor sau podurilor (așa cum pretinde contestatorul).

Prin urmare, aceste critici de inacceptabilitate a ofertei desemnate câștigătoare sunt nefondate, iar Consiliul urmează a respinge solicitarea de invalidare a admisibilității ofertei în cauză.

Drept consecință, Consiliul va respinge solicitarea contestatorului de anulare a raportului procedurii de atribuire, în privința modului de evaluare a ofertei ...SRL, ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Cât privește solicitarea de desemnare a ofertei contestatorului drept câștigătoare, Consiliul face aplicarea dispozițiilor alineatului 10 al articolului 26 din Lege, respingând-o, ca inadmisibilă: *(10) Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.*

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., anulând raportul procedurii nr. ... din ... și adresa de comunicare a rezultatului nr. ... din ..., ca act subsecvent lui, în privința punctajului acordat ofertei

contestatorului și obligând la continuarea procesului de analiză, în maxim 10 zile de la primirea deciziei, conform celor reținute mai sus.

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

Admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., autoritate contractantă în procedura inițiată prin anunțul de participare nr. ...

Anulează raportul procedurii nr. ... din ... și adresa de comunicare a rezultatului nr. ... din ..., ca act subsecvent lui, în privința punctajului acordat ofertei contestatorului și obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de analiză, în maxim 10 zile de la primirea deciziei, conform celor reținute în motivarea de mai sus.

Respinge solicitarea de desemnare a ofertei contestatorului drept câștigătoare, ca inadmisibilă.

Respinge contestația, în partea privind solicitarea contestatorului de anulare a raportului procedurii de atribuire, în privința modului de evaluare a ofertei ...SRL, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.