

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2600 / C7 / 2844

Data: 06.11.2023

Prin contestația nr. 1092/09.10.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55246/10.10.2023, formulată de către (...) SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J10/116/2003, având CUI 15204769, reprezintă legal prin ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 107541/04.10.2023, emisă de către (...) SA – SUCURSALA (...), cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „LC Consolidare pilier de siguranță canal fugă Simileasca”, cod CPV 45246200 *Lucrări de protecție a malurilor* (Rev. 2), s-a solicitat:

- acordarea accesului la dosarul achiziției publice în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu consecința repunerii în termenul de a completa contestația ulterior și obligarea autorității contractante la comunicarea motivării caracterului confidențial al documentelor indicate de ofertantă ca atare;

- anularea comunicării nr. 107541/04.10.2023 privind rezultatul procedurii, și a tuturor actelor anterioare și subsecvente, precum și a rezultatului procedurii, respectiv declararea ca ofertă câștigătoare pe cea depusă de (...) SRL;

- anularea raportului procedurii nr. 107523/04.10.2023 și a tuturor actelor anterioare, concomitente și subsecvente acestora în ceea ce privește rezultatul procedurii, respectiv declararea ca ofertă admisibilă, conformă și câștigătoare pe cea depusă de (...) SRL;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei clasate pe locul I în sensul analizării inclusiv a caracterului inacceptabil/ neconform al acesteia;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a contestației, în baza art. 22 din Legea nr. 101/2016.

Cererea de suspendare a fost respinsă, ca nefondată, prin Încheierea nr. 2910/C7/2844 din 13.10.2023.

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 ofertanta (...) SRL, a cărei ofertă s-a clasat pe al doilea loc, reclamă decizia entității contractante (...) SA – SUCURSALA (...), de a declara admisibilă și câștigătoare oferta (...) SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare, că aceasta este neconformă.

Preliminar, contestatoarea precizează că în urma primirii adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 107541/04.10.2023 a formulat cerere către entitatea contractantă pentru a i se comunica documentele aferente ofertei depuse de (...) SRL declarată câștigătoare, însă nu a primit vreun răspuns scris, fiindu-i comunicat telefonic că nu are obligația de a răspunde solicitării sale și că datele solicitate au caracter confidențial, fără a se preciza dacă acest caracter confidențial a fost sau nu dovedit de societatea declarată câștigătoare și dacă acest pretins caracter confidențial vizează toate documentele solicitate sau o parte din ele.

Precizează că solicitarea sa s-a fundamentat pe prevederile art. 217 alin (6) din Legea nr. 98/2016, dispozițiile statuate la nivelul Uniunii Europene în Directiva 2014/24/UE, transpuse în legislația națională prin prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016.

Luând în considerare și prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, consideră că pentru a beneficia de protecția instituită de art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, dovada confidențialității informațiilor protejate ar trebui să facă parte din ofertă.

În acest sens, jurisprudența CJUE este constantă în a reține faptul că simpla declarare drept confidențială a unei oferte nu este de natură a justifica limitarea de către entitatea contractantă a accesului la aceasta.

În susținere invocă Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipedos regiono atlieky tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punctul 117 și Hotărârea din 17 noiembrie 2022, An tea Polska S.A., și alții împotriva Pahstwowe Gospodarstwo Wodne Wody Poiskie, C-54/21, EU:C:2022:888, punctele 64, 86, 87.

Astfel, susține că autoritatea contractantă a refuzat accesul la: documentele de eligibilitate, inclusiv DUAЕ, ofertele tehnice și financiare ale ofertantei câștigătoare (...) SRL, solicitările de clarificări emise de autoritatea contractantă pe parcursul evaluării propunerilor tehnice și financiare și răspunsul ofertantei câștigătoare la acestea.

Conduita autorității contractante lipsește de efectivitate dispozițiile în materie de remedii. Or, CJUE a statuat expres faptul că atunci când este refuzat accesul integral la informații, autoritatea contractantă

trebuie să acorde ofertantului menționat acces la conținutul esențial al acelorași informații, astfel încât să fie asigurată respectarea dreptului la o cale de atac efectivă.

Ca urmare, prin neacordarea accesului la niciun document din dosarul achiziției, consideră că entitatea contractantă a pus societatea sa în imposibilitate obiectivă de a exercita o cale procesuală concretă și efectivă.

Astfel, raportat la art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 solicită accesul la toate informațiile pentru care nu se justifică caracterul confidențial din cadrul ofertei și repunerea în termenul de contestare a aspectelor de care a luat cunoștință cu ocazia studierii dosarului constituit la Consiliu.

De asemenea, se impune și admiterea solicitării sale de obligare a entității contractante la comunicarea motivării admiterii caracterului confidențial al informațiilor marcate de ofertant ca atare.

Cu privire la motivele de inadmisibilitate/neconformitate a ofertei declarate câștigătoare prezintă următoarele critici.

Un prim motiv este reprezentat de faptul că oferta câștigătoare prezintă un preț neobișnuit de scăzut (app. 59% din valoarea estimată), fiind incidente prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, susține că, în conformitate cu prevederile art. 133 din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă, atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Conform prevederilor art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului, să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din lege sau să nu reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice.

În speță, în conformitate cu informațiile publicate în cadrul raportului procedurii nr. 107523/04.10.2023 ofertanta (...) SRL a depus oferta tehnică și financiară în calitate de unic ofertant, fără a declara subcontractori sau terți susținători.

Conform informațiilor publice (raport TERMENE.RO) (...) SRL avea un număr mediu de 17 angajați.

Prin coroborarea celor două informații de mai sus, se desprind următoarele concluzii:

- în condițiile în care, se presupune externalizarea tuturor serviciilor de SSM, RTE, asigurarea calității, responsabil mediu, secretariat, contabilitate etc., rezultă că numărul maxim de personal direct productiv este de 15 oameni (din numărul total de angajați a fost scăzut administratorul (1 poziție) și șeful de șantier (1 poziție))

- raportat la prevederile art. 114 din Codul Muncii care reglementează durata maximă legală a timpului de muncă, în ceea ce privește ofertanta declarată câștigătoare, numărul maxim posibil legal de ore manoperă directă + ore manoperă utilajisti este egal cu:

$((15 \text{ oameni} \times 8 \text{ ore/zi} \times 5 \text{ zile/săptămână}) + (15 \text{ oameni} \times 8 \text{ ore suplimentare /săptămână})) \times 12 \text{ săptămâni durată execuție} = 8640 \text{ ore cumulate utilajisti + muncitori}$

Concluzionând, în cazul în care ofertanta (...) SRL a declarat în cadrul formularelor C7+C8 un număr de ore mai mare de 8640, în lipsa oricărei forme de susținere/subcontractare, dovedește incapacitatea efectivă de execuție a contractului.

În ipoteza în care numărul de ore mai mare de 8640 le-ar fi impuse angajaților existenți, s-ar încălca prevederile Codului Muncii (art. 114), devenind incidente astfel prevederile art. 51 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin (2) lit. d) din HG nr. 395/2016 având drept consecința declararea ofertei ca inadmisibilă.

În cazul în care ofertanta a declarat în cadrul formularelor C7+C8 un număr de ore mai mic sau egal cu 8640, dovedește în mod ferm o evaluare nerealistă a volumului de lucrări rezultat din cantitățile de lucrări care urmează să fie puse în operă, implicit necorelarea resurselor de personal alocate cu cele minim necesare, situație care poate fi demonstrată punctual la nivelul fiecărei activități.

Ori, atunci când, în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din lege, se constată că propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, oferta se considera neconformă, potrivit art. 137 alin. (3) lit. g) din HG nr. 395/2016.

Totodată, în contextul în care la nivelul listei oficiale a Agenției (...) https://www.namr.ro/wp-content/uploads/2023/03/permise_exploatare_14_03_2023.pdf, ofertanta câștigătoare nu apare ca deținând un permis de exploatare valabil, se deduce faptul că pentru evaluarea tarifelor agregatelor a solicitat și primit o ofertă de preț de la un furnizor autorizat.

În acest sens, apreciază că nu este îndeplinită cerința autorității contractante formulată atât în cadrul documentației de atribuire inițiale (caiet de sarcini pct. 5.2, cât și în cadrul răspunsului consolidat nr. 74171/06.07.2023, referitoare la interzicerea utilizării ca surse de proveniență a materialelor balastiere din albia râului Buzău.

Din aceste motive, apreciază că ofertanta declarată câștigător nu a făcut o evaluarea realistă și justificată, conformă a costurilor de achiziție și transport.

De asemenea, în ipoteza nerespectării cerinței privind interzicerea utilizării ca surse de proveniență a materialelor balastiere din albia râului Buzău, având în vedere că această cerință a fost prevăzută expres în

caietul de sarcini, la pct. 5.2, consideră că devin incidente prevederile art. 137 alin. (3) lit. a), respectiv oferta este considerată neconformă în situația în care nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Tot în ceea ce privește prețul neobișnuit de scăzut practicat de (...) SRL, precizează că are sediul în București și, conform informațiilor publice, punctele de lucru declarate nu se regăsesc în proximitatea amplasamentului.

Pe cale de consecință, apreciază că ofertanta câștigătoare nu a făcut o evaluare realistă și o justificare conformă a tuturor distanțelor de transport înscrise în cadrul propunerii tehnice și nici a costurilor evaluate pentru organizarea de șantier.

De asemenea, în condițiile în care durata de execuție impusă a proiectului este de 12 săptămâni, conform modelului de contract pus la dispoziție și asumat de către ofertanții participanți, art. 11 alin. 11.2: *Achizitorul se obligă să plătească prețul către prestator în termen convenit în prezentul contract pentru lucrările executate respectiv în termen de 30 zile de la data acceptării la plata a facturilor.*

Acceptul facturii sau după caz refuzului acesteia se va da în termen de max. 5 zile de la înregistrarea acesteia la sediul Achizitorului.

În baza art. II din Legea nr. 139/2022 pentru aprobarea OUG nr. 120/2021 privind administrarea, funcționarea și implementarea sistemului național privind factura electronică RO e-Factura și factura electronică în România, începând cu data de 1 iulie 2022, operatorii economici stabiliți în România conform art. 266 alin. (2) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, au obligația, în relația B2G, definită conform art. 2 alin. (1) lit. m) din OUG nr. 120/2021, să emită facturi electronice și să le transmită prin sistemul național privind factura electronică RO e-Factura

Plata care reprezintă contravaloarea materialelor furnizate, a serviciilor accesorii prestate, a lucrărilor executate și admise prin recepția lor se va face etapizat, în baza facturilor emise de executant, prin virament bancar, cu OP, în contul declarat de executant, în termenul stabilit de părți prin contract.

Conform informațiilor publice, ofertanta câștigătoare deținea la nivelul anului 2022, ca disponibilă imediat, suma de 432.569,00 lei.

În conformitate cu informațiile publicate în cadrul raportului procedurii nr. 107523/04.10.2023 ofertanta (...) SRL a depus oferta tehnică și financiară în calitate de unic ofertant, fără a declara subcontractori sau terți susținători.

Astfel, rezultă că lucrările executate, verificate și acceptate într-o lună de execuție vor fi plătite în termen de 30 zile de la data emiterii facturii, factură presupusă a fi acceptată în termenul minim.

În aceasta situație, este evident faptul ca 67% din volumul lucrărilor executate, respectiv toate costurile asociate execuției în

primele 2 luni de activitate, vor trebui susținute din surse proprii până la decontarea acestora. Concluzionând, consideră că ofertanta trebuie să dovedească disponibilitatea unei sume de aproximativ 2.239.000,00 lei (calculată ca 67% din oferta proprie) pentru a-și demonstra capacitatea efectivă de execuție, aspect contrazis de cifrele publice oficiale din care rezultă faptul că la nivelul anului 2022 aceasta dispunea de suma de 432.569.00 lei.

Având în vedere argumentele expuse, apreciază că oferta declarată câștigătoare prezintă un preț neobișnuit de scăzut, impunându-se reanalizarea acestei oferte ținând seama de cele invocate și declararea sa ca inadmisibilă/neconformă.

Totodată, având în vedere informațiile solicitate de către autoritatea contractantă în cadrul formularului de ofertă apreciază că nu au fost îndeplinite cerințele cu privire la asigurarea accesului la specialiști (pct. 6 Anexa 1 la formular ofertă), în ceea ce privește numirea și asigurarea nivelului corespunzător de studii/certificare/ calificare pentru: RTE-iști, Șef Șantier și Coordonator SSM.

Din analiza raportului procedurii, nu a rezultat că acest criteriu a fost îndeplinit de către oferta declarată câștigătoare.

O altă remarcă cu privire la oferta câștigătoare, o reprezintă faptul că, din analiza raportului procedurii nr. 107523/04.10.2023 încărcat în platforma electronică SEAP, rezultă că nu a respectat cerința cu privire la semnarea, stampilarea pe fiecare pagină, semnarea electronică și încărcarea în cadrul ofertei a tuturor documentelor publicate în SEAP în cadrul procedurii, inclusiv a clarificărilor (pct. 1 din Formular Ofertă „7. VALOAREA OFERTEI: Acceptând prevederile Documentației de Atribuire, ale Documentației tehnice și ale Documentelor informative, în totalitatea lor, fără rezerve sau restricții, așa cum aceasta a fost publicată în SEAP, inclusiv cu clarificările/modificările/completările ulterioare (inclusiv anexele acestora) pe care le prezentăm atașate la prezentul formular, inițializate (semnate și stampilate) pe fiecare pagină, semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii noi, subsemnații, reprezentanți ai ofertantului (...)", solicitare reluată în cadrul răspunsului consolidat nr. 74171/06.07.2023 poziția 8.

În punctul său de vedere nr. 112402/16.10.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 56622/16.10.2023, entitatea contractantă a susținut caracterul nefondat al contestației, motiv pentru care a solicitat respingerea acesteia ca neîntemeiată.

În preambul entitatea contractantă prezintă istoricul procedurii de atribuire, respectiv cele patru etape de evaluare, descrise în procesele - verbale de evaluare și în raportul procedurii nr. 107523/04.10.2023.

Mai mult, precizează că, în procesul de evaluare au fost parcase următoarele etape de analiză și evaluare oferte, respectiv:

a) etapa I de evaluare - calificarea ofertanților, conform procesului-verbal nr. 3/26.07.2023 și a procesului - verbal intermediar de analiză a răspunsurilor la solicitările de clarificare nr. 11/28.07.2023 [filele 477-487 dosar].

b) în etapa a II-a - evaluarea propunerilor tehnice, comisia de evaluare a constatat, conform punctelor de vedere al membrilor comisiei cu competențe tehnice relevante nr. 12/28.07.2023, 13/28.07.2023, 14/28.07.2023, 15/28.07.2023, 16/28.07.2023, 17/28.07.2023, 18/28.07.2023 și 19/28.07.2023 (filele 488-516 dosar) că sunt necesare solicitări de clarificare privind propunerile tehnice.

Solicitările de clarificări au fost postate în SEAP, iar în termenul acordat ofertanții au răspuns solicitărilor de clarificări. Solicitățile de clarificare cu răspunsurile ofertanților se regăsesc în dosarul trimis la CNSC la pag 517-661.

În cadrul procesului-verbal intermediar 1 nr. 28/10.08.2023, care se regăsește la filele 662-672 din dosar s-au verificat răspunsurile la solicitările de clarificare.

La prima solicitare de clarificare s-au cerut și listele de cantități de lucrări fără valori conform proiectului tehnic. Urmare a analizei răspunsurilor s-a constatat că unele oferte, printre care și (...) SRL au lipsuri la diferite categorii de materiale prezentate în liste.

Astfel, comisia de evaluare, în conformitate cu art. 143 din HG nr. 394/2016 a solicitat noi clarificări cu privire la lipsurile constatate și a considerat că propunerile tehnice au abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de această completare a lipsurilor, nu ar conduce la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

Clarificările s-au solicitat prin intermediul SEAP, iar în termenul acordat (de o zi) ofertanții au postat pe platforma electronică răspunsurile.

Comisia de evaluare a analizat toate răspunsurile în cadrul procesului - verbal intermediar 2 de verificare a răspunsurilor la solicitările de clarificare nr. 33/18.08.2023 (filele 703-706 dosar).

Ofertanții au completat listele, au menționat că, urmare a corectării unor abateri tehnice minore nu se modifică prețul total al ofertei cu mai mult de 1% din valoarea ofertată, respectând astfel art. 140 alin. (8) lit. a) din HG nr. 394/2016.

Ca urmare a analizei, pentru ofertanții (...) SRL Buzău și (...) SRL București, comisia a solicitat completări la răspunsul anterior dat, similar celor mai sus menționate, respectiv neofertarea unui material din lista de cantități de lucrări.

În procesul - verbal intermediar 3 de analiză a răspunsurilor la solicitările de clarificare nr. 36/22.08.2023 (pag 736-737 din dosar), comisia de evaluare a analizat răspunsurile ofertanților (...) SRL Buzău și (...) SRL București.

În procesul - verbal privind evaluarea propunerilor tehnice nr. 37/22.08.2023 se regăsește sinteza analizei propunerilor tehnice (filele 738-740 din dosar).

Comisia a evaluat ofertele pentru a se convinge de conformitatea lor, dacă prin răspunsurilor la solicitările de clarificare răspund tuturor cerințelor proiectului tehnic.

Comisia de evaluare a acceptat justificarea ofertanților ca omisiunile din cadrul propunerilor tehnice să fie încadrate ca abateri tehnice minore, conform justificării ofertanților în răspunsurile la solicitările de clarificare, urmând să analizeze în cadrul propunerilor financiare dacă sunt îndeplinite cerințele art. 140 alin. (8) din HG nr. 394/2016.

c) în etapa a III-a, de evaluare a propunerilor financiare, comisia de evaluare a constatat, conform punctelor de vedere ale membrilor comisiei cu competențe relevante privind evaluarea propunerilor financiare înregistrate cu nr. 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45/28.08.2023 că sunt necesare solicitări de clarificare pentru 7 dintre cei 8 ofertanți, inclusiv pentru (...) SRL.

Astfel, s-au solicitat clarificări care au fost postate în SEAP. Punctele de vedere, solicitările de clarificare privind propunerile financiare și răspunsurile ofertanților se regăsesc la filele 742-904 din dosar.

Răspunsurile ofertanților au fost analizate în cadrul procesului - verbal intermediar de verificare a răspunsurilor la solicitările de clarificare privind propunerile financiare nr. 53/31.08.2023 (filele 905-909 din dosar).

În cadrul procesului - verbal de evaluare a propunerilor financiare nr. 54/01.09.2023 (pag 910-912 din dosar) este sinteză analizei propunerilor financiare a ofertelor.

Pentru ofertanta (...) SRL București, (...) SRL Buzău și (...) SRL Buzău printre solicitări de completare a informațiilor din propunerile financiare este și solicitarea de justificare a prețului aparent neobișnuit de scăzut.

(...) SRL București în justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut a prezentat:

- oferta de preț de la (...) SRL Târgoviște pentru materialele de bază (oțel beton, plasă sârmă zincată, electrozi sudură, sârmă neagră, sârmă zincată). Prețurile ofertate se regăsesc în Formularul C6 Lista consumurilor de resurse materiale din oferte (filele 874-904 din dosar).

- oferta de preț de la (...) SRL Brașov pentru (...) 600 g și (...) 200 g.

În adresele de clarificare, unde a fost cazul, s-a solicitat corelarea propunerii tehnice cu propunerea financiară și s-a urmărit ca abaterea considerată minoră în propunerile tehnice să nu se încadreze în prevederile art. 140 alin. (8) din HG nr. 394/2016 pentru a stabili admisibilitatea ofertelor.

De asemenea s-au solicitat justificări pentru prețul aparent neobișnuit de scăzut ofertelor care au avut prețul mai mic de 80% din valoarea estimată.

În conformitate cu art. 142 alin. (4) din HG nr. 394/2016, în sensul prevederilor art. 222 alin. (1) din lege o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.

Astfel, susține că a aplicat un tratament egal ofertanților prin solicitările de clarificări adresate acestora și a luat în considerare răspunsurile ofertanților necesare în cadrul evaluărilor financiare, declarând admisibile cele 8 oferte ținând cont de îndeplinirea cerințelor art. 140 alin. (8) lit. c) din HG nr. 394/2016.

Precizează că în raportul procedurii se regăsește clasamentul cu corectările propunerilor financiare corelate cu propunerile tehnice și clasamentul final cu prețurile ofertate (filele 934-944 din dosar) în conformitate art. 205 alin (2) din Legea nr. 99/2016 înainte de atribuirea contractului sectorial s-a solicitat ofertantului clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, să prezinte documentele justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ.

Conform clasamentului ofertelor admisibile, ofertantul (...) SRL București s-a clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, respectiv prețul cel mai scăzut.

Comisia a constatat ca și ofertantul (...) SRL Buzău, contestatoarea din prezenta cauză, aflată pe locul II a avut, de asemenea, un preț aparent neobișnuit de scăzut, însă în baza analizei documentelor prezentate oferta a fost declarată admisibilă.

e) în etapa a IV-a, în cadrul procesului - verbal nr. 57/22.09.2023 se regăsește analiza documentelor postate în SEAP ca urmare a solicitării comisiei de evaluare.

Documentele prezentate susțin declarațiile din DUAЕ, se încadrează în cerințelor impuse de Legea nr. 99/2016 și, prin urmare, comisia de evaluare a declarat oferta prezentată de (...) SRL câștigătoare.

În aceste condiții, susține că niciunul din motivele de nulitate a raportului procedurii, invocate de contestatoare, nu este întemeiat și că, în realitate, aceasta critică oferta câștigătoare pentru presupuse vicii care, în exact aceeași măsură, ar afecta chiar propria sa ofertă clasată pe locul II.

Principalele critici ale ofertei declarate câștigătoare se referă la caracterul confidențial declarat al ofertei câștigătoare în contextul în care, în exact aceleași condiții și cu exact aceeași motivare, ea însăși și-a declarat oferta drept confidențială.

De asemenea, critica privind prețul neobișnuit de scăzut al ofertei câștigătoare, de numai 59% din valoarea estimată a achiziției este, în

egală măsură, aplicabilă și propriei sale oferte care se ridică la procentul de 70% din aceeași valoare.

Precizează că (...) SRL Buzău a beneficiat, la fel ca toți ceilalți ofertanți, de solicitări de clarificări, de o analiză echidistantă a ofertei și a răspunsurilor la solicitările de clarificare și de un tratament egal cu cel acordat tuturor ofertanților.

Sub aspectul caracterului confidențial al ofertelor, precizează că, deși legiuitorul impune necesitatea unei dovezi privind caracterul confidențial al actului, acesta nu definește și modalitatea sau mijlocul de probă în care se poate face o atare dovadă. Prin urmare, pentru a determina care sunt mijloacele de probă necesare și suficiente, în cazul motivului de confidențialitate invocat, respectiv secretul comercial al propunerii financiare și al modului de formare al prețurilor sau al metodologiei și tehnologiei de execuție, consideră că sunt aplicabile dispozițiile art. 1 ind. 1 lit. d) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale.

Așadar, din perspectiva sa, câtă vreme participantul în procedura de achiziție afirmă caracterul de secret comercial al unor informații din documentele sale dar, mai mult, indică și acte din care rezultă obligația sa de confidențialitate, iar ceilalți ofertanți, în mod evident, nu au informația respectivă (astfel cum rezultă chiar din solicitarea contestatoarei de comunicare a documentelor), se creează prezumția logică privind caracterul de secret comercial al informațiilor respective.

Față de acest raționament, în condițiile în care prezumțiile sunt mijloace de probă instituite legal prin dispozițiile Codului de Procedură Civilă prin care se determină un fapt necunoscut - caracterul de secret comercial, ca efect al cunoașterii unor fapte cunoscute conexe și vecine, astfel cum sunt ele indicate de legiuitor la art. 1 din Legea nr. 11/1991 - faptul ca informațiile în discuție nu sunt cunoscute de concurenți, iar deținătorul le atribuie în mod evident o valoare, fără doar și poate că este dovedit caracterul de secret comercial și deci confidențial al acestora.

Totodată, susține că prezenta contestație nu numai că este neîntemeiată dar este și lipsită de un interes legitim, este parțial inadmisibilă și s-ar putea chiar încadra în sfera abuzului de drept procesual în condițiile în care partea, în mod evident, nu contestă, îndeplinirea de către contraofertantă a criteriului de atribuire, prețul cel mai scăzut, dar chiar încearcă, fraudând dispozițiile procedurale ale Legii nr. 101/2016, să obțină informații secrete comerciale la care în mod obișnuit nu ar avea acces dar, mai mult, solicită o reanalizare doar a ofertei câștigătoare în scopul evident de a obține ea însăși contractul deși nu îndeplinește criteriul de atribuire.

Obligarea entității contractante doar la reanalizarea unei singure oferte, indicându-i și modalitatea în care ar trebui să o înlăture, ar presupune o veritabilă încălcare a independenței și imparțialității comisiei

de evaluare care, în mod logic, în măsura în care s-ar dispune măsuri de remediere, ar trebui să efectueze o nouă analiză a tuturor ofertelor.

Cererea de anulare a raportului procedurii nr. 107523/04.10.2023 și a tuturor actelor anterioare concomitente și subsecvente acestora în ceea ce privește rezultatul procedurii, respectiv declararea ca ofertă admisibilă, conformă și câștigătoare pe cea depusă de (...) SRL, este întrutotul neîntemeiată.

Astfel, precizează că partea adversă nu este în măsură să indice erori, vicii de procedură sau vreo greșeală în analiza ofertelor de către comisia de evaluare însă, cu toate acestea, solicită reevaluarea ofertei clasate pe locul I în sensul stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia.

Referitor la prețul aparent neobișnuit de scăzut (59% din valoarea estimată) acesta a fost, în opinia judicioasă a comisiei, justificat cu documente, așa cum a detaliat și cum rezultă din dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 1112/20.10.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 58591/20.10.2023, contestatoarea a transmis concluzii scrise prin care solicită respingerea apărărilor formulate de entitatea contractantă prin intermediul punctului de vedere.

Sub un prim aspect, referitor la accesul la documentele din dosarul achiziției solicitat, susține că în mod eronat s-a precizat de către entitatea contractantă că s-a oferit un acces parțial.

Totodată, susține că nu s-a depus la dosar nicio adresă aparținând entității contractante din care să rezulte că informațiile solicitate au caracter confidențial și acesta este motivul pentru care nu i-au fost puse la dispoziție.

Toate informațiile la care a făcut referire în contestație au fost obținute de pe site-uri publice sau pe parcursul procedurii, nicidecum ca urmare a unei admiteri parțiale a solicitării de acces la documentele solicitate.

Referitor la pretinsa lipsa de interes a sa în formularea contestației, susține că aceasta este neîntemeiată, în condițiile în care oferta sa s-a situat pe locul II, iar în ipoteza respingerii ofertei (...) SRL, oferta sa ar fi cea declarată câștigătoare.

Totodată, neîntemeiată consideră că este și susținerea conform căreia a formulat contestația cu rea-credință, încercând să fraudeze dispozițiile Legii nr. 101/2016 și să obțină secrete comerciale la care în mod obișnuit nu ar avea acces.

În acest sens, arată nu a formulat o contestație în mod formal, fără a motiva conținutul acesteia, ci, din contră, a indicat punctual care sunt motivele pentru care apreciază că oferta declarată câștigătoare ar fi trebuit să fie respinsă.

Evocă faptul că în penultima pagina a punctului de vedere transmis (paragraful 6), a indicat nu numai textele de lege încălcate, dar și

solicitările formulate de însăși entitatea contractantă la care societatea declarată câștigătoare nu s-a conformat.

Totodată, contestatoarea consideră că entitatea contractantă nu a făcut apărări punctuale cu privire la criticile invocate privind prețul neobișnuit de scăzut, privind nerespectarea cerinței referitoare la interzicerea utilizării ca surse de proveniență a materialelor balastiere din albia râului Buzău, prevăzută expres în caietul de sarcini, privind neîndeplinirea cerinței referitoare la asigurarea accesului la specialiști (pct. 6 anexa 1 la formular ofertă) și privind nerespectarea cerinței legate de semnarea, ștampilarea pe fiecare pagină, semnarea electronică și încărcarea în cadrul ofertei a tuturor documentelor publicate în SEAP în cadrul procedurii, inclusiv a clarificărilor, sens în care se poate considera că motivele invocate în contestație sunt întemeiate, acestea nefiind combătute de entitatea contractantă.

În data de 31.10.2023, ca urmare a studierii dosarului cauzei, societatea contestatoare a transmis "concluzii scrise" prin adresa nr. 1145/31.10.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 59487/31.10.2023, prin care a prezentat argumente suplimentare celor din contestație, prin raportare la informațiile care rezultă din procesul – verbal interimar nr. 28/10.08.2023 și din procesul – verbal nr. 53/31.08.2023, în susținerea faptului că oferta depusă de (...) SRL trebuie respinsă.

În data de 03.11.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 60308/03.11.2023, achizitoarea a transmis răspuns la adresa Consiliului nr. 59917/2844/C7/02.11.2023, completare la punctul de vedere față de contestație.

Documentele din dosarul achiziției au fost transmise odată cu exemplarul original al punctului de vedere față de contestație, fiind înregistrate la Consiliu cu nr. 56657/17.10.2023.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În calitate de entitate contractantă, (...) SA – SUCURSALA (...) a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „LC Consolidare pilier de siguranță canal fugă Simileasca”, cod CPV 45246200 *Lucrări de protecție a malurilor* (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1056324/15.06.2023.

Din informațiile anunțului de participare s-a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări este de 5.707.220,94 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar data limită de depunere a ofertelor a fost 18.07.2023, ora 15:00.

Cu respectarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, societatea contestatoare a constituit cauțiunea aferentă, în valoare de 88.000,00 lei, conform recipisei de consemnare - Anexa 1,

emisă de Banca Comercială Română SA, la data de 12.10.2023, existentă la dosarul cauzei.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, respectiv de faptul că oferta (...) SRL a fost declarată câștigătoare, precum și de faptul că autoritatea contractantă nu i-a asigurat accesul la documentele din oferta câștigătoare, (...) SRL a înaintat contestația în analiză, sens în care a solicitat accesul la documentele din oferta câștigătoare care nu au fost declarate câștigătoare, precum și reevaluarea acestei oferte.

Cercetând, cu înțâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepția lipsei de interes și a inadmisibilității, invocate de entitatea contractantă, se reține că aceasta a avut în vedere următoarele aspecte "(...) partea, în mod evident, nu contestă, îndeplinirea de către contraofertant a criteriului de atribuire - prețul cel mai scăzut, dar chiar încearcă, fraudând dispozițiile procedurale ale Legii nr. 101/2016, să obțină informații secrete comerciale la care în mod obișnuit nu ar avea acces dar, mai mult, solicită o reanalizare doar a ofertei câștigătoare în scopul evident de a obține ea însăși contractul deși nu îndeplinește criteriul de atribuire. (...)".

Or, a obliga entității contractante doar la reanalizarea unei singure oferte, indicându-i și modalitatea în care ar trebui să o înlăture, ar presupune o veritabilă încălcare a independenței și imparțialității comisiei de evaluare care, în mod logic, în măsură în care s-ar dispune măsuri de remediere, ar trebui să efectueze o nouă analiză a tuturor ofertelor.

Din această perspectivă, vă rugăm să observați că cererea de anulare a raportului procedurii înregistrat cu nr. 107523/04.10.2023 și a tuturor actelor anterioare concomitente și subsecvente acestora în ceea ce privește rezultatul procedurii, respectiv declararea ca ofertă admisibilă, conformă și câștigătoare pe cea depusă de ... (...) SRL este întrutotul neîntemeiată (...)".

Având în vedere faptul că ofertanta (...) SRL, la fel ca și celelalte ofertante din procedură au depus ofertă cu scopul de a fi declarate câștigătoare, se urmărește de către fiecare dintre acestea să devină contractante în cadrul contractului de achiziție publică care se atribuire.

Or, în condițiile în care oferta (...) SRL a fost declarată admisibilă, fiind clasată pe locul II în clasamentul ofertelor admisibile, astfel cum rezultă din cuprinsul raportului procedurii nr. 107523/04.10.2023, după oferta declarată câștigătoare, situată pe locul I în acest clasament, depusă de (...) SRL, în mod lipsit de echivoc avea interes să critice oferta câștigătoare.

Toată contestația formulată de (...) SRL cuprinde critici, pe de o parte, față de faptul că achizitoarea nu i-a asigurat accesul la dosarul achiziției publice, inclusiv la documentele ofertei câștigătoare, iar pe de altă parte, împotriva ofertei declarate câștigătoare, considerând că aceasta ar trebui respinsă pentru mai multe motive de neconformitate și/sau inacceptabilitate.

Astfel, având în vedere prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, se consideră că este demonstrat interesul

ofertantei de pe locul II în a critica ofertanta de pe locul I, declarată câștigătoare a procedurii de atribuire.

Având în vedere prevederile evocate este evident că societatea contestatoare este vătămată de faptul că oferta sa a fost clasată doar pe locul II, astfel că este pe deplin interesată să conteste oferta clasată pe un loc superior față de oferta sa, iar în cazul în care se va constata că măcar un motiv este întemeiat să se dispună reevaluarea acestei oferte.

Față de celelalte oferte, contestatoarea nu are niciun interes în a le contesta, câtă vreme ofertele acestora se situează pe poziții inferioare celei pe care se situează oferta sa.

Contrar celor susținute de entitatea contractantă, în situația în care se va constata de către Consiliu că este necesară, pentru anumite aspecte analizate, reevaluarea ofertei câștigătoare, achizițoarea va fi obligată să se conformeze celor dispuse, cu dreptul de a reevalua și alte oferte din procedură, dacă constată că sunt într-o situație similară cu oferta câștigătoare.

Pentru aceste motive, se consideră nefondată excepția lipsei de interes, respectiv a inadmisibilității, invocată de entitatea contractantă.

După respingerea excepției invocate de entitatea contractantă, trecând la soluționarea pe fond a contestației, cu referire la critica privind faptul că achizițoarea nu i-a asigurat accesul la documentele ofertei câștigătoare, depuse de (...) SRL, se reține, pe de o parte, că atât (...) SRL, cât și (...) SRL au depus Declarație privind partea/părțile din ofertă care are/au caracter confidențial.

Astfel, societatea contestatoare (...) SRL a declarat confidențiale propunerea tehnică în întregime, propunerea financiară în întregime, exclusiv prețul total al ofertei, precum și răspunsurile la posibilele solicitări de clarificare ale autorității contractante.

În timp ce (...) SRL a declarat confidențiale următoarele: a) prețurile pentru utilaje și mijloace de transport, precum și cotele privind cheltuielile indirecte și profit, informații din propunerea financiară; b) metodologia de realizare a fazei de execuție, tehnologia de execuție, precum și resursele disponibile pentru îndeplinirea contractului, existente în cuprinsul propunerii tehnice.

Pe de altă parte, se reține că, prin declarația de confidențialitate, cu invocarea prevederilor art. 70 alin. (1), art. 231 alin. (5) și (6) din Legea nr. 99/2016, art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016, precum și art. 19 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016, ofertanta câștigătoare a susținut că documentele privind: a) prețurile pentru utilaje și mijloace de transport, precum și cotele privind cheltuielile indirecte și profit, din propunerea financiară; b) metodologia de realizare a fazei de execuție, tehnologia de execuție, precum și resursele disponibile pentru îndeplinirea contractului, din propunerea tehnică, au caracter confidențial pentru a nu-i prejudicia interesele sale legitime, în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală.

Ori, în aceste condiții, conduita achizitoarei care a fost criticată de autoarea contestației nu poate fi sancționată de Consiliu, câtă vreme legislația a urmărit asigurarea unei protecții a informațiilor cuprinse în ofertele operatorilor economici, informații pe care aceștia le pun la dispoziția organizatorilor în cadrul procedurilor de atribuire.

Entității contractante îi revine sarcina de a păstra confidențialitatea informațiilor, accesul la acestea urmând a fi asigurat într-o manieră care să nu determine divulgarea unor astfel de informații.

În acest sens, este și Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza Varec, C-450/06, precum și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14.

Și practica constantă a Consiliului este în a considera că incumbă entității contractante obligația de a asigura păstrarea confidențialității documentelor astfel declarate de ofertanți și protejarea acestora de eventualele prejudicii determinate de o divulgare a lor celorlalți participanți la procedură.

Totodată, se reține că, în aplicarea dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căreia *La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă, și cu luarea în considerare a explicațiilor aduse prin declarația de confidențialitate a ofertantei câștigătoare, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei (...) SRL, documentele din dosarul constituit, cu excepția celor declarate confidențiale de către ofertantă. Constatând că, prin declarația de confidențialitate ofertanta a declarat confidențiale informații și/sau documente din propunerea tehnică și din propunerea financiară, Consiliul nu a pus la dispoziție în vederea studierii aceste documente.*

Achizitoarea avea aceeași obligație, de a pune la dispoziția contestatoarei documentele din dosarul achiziției, inclusiv din oferta câștigătoare, care nu au fost declarate confidențiale. Cu toate că, prin punctul de vedere față de contestație achizitoarea a susținut că a pus la dispoziția ofertantei (...) SRL doar parțial documente din dosarul achiziției și din oferta câștigătoare, în fapt, din documentele aflate la dosarul cauzei se constată că nu există vreun document care să confirme această situație.

Mai mult, prin contestație, autoarea acesteia a susținut că achizitoarea nu i-a răspuns solicitării privind accesul la dosarul cauzei, decât telefonic indicându-i că datele solicitate au caracter confidențial.

Cu toate acestea, în condițiile în care Consiliul a asigurat accesul ofertantei la dosarul cauzei, mai puțin la documentele ofertei câștigătoare, declarate confidențiale, se consideră că nu se impune dispunerea unei măsuri în privința acestui aspect, fiind suplinită lipsa de diligență a achizitoarei față de accesul la documente solicitate de (...) SRL.

Pe cale de consecință, având în vedere cele reținute, se va respinge și solicitarea contestatoarei de a obliga entitatea contractantă la comunicarea motivelor pentru care s-a admis caracterul confidențial al informațiilor marcate astfel de ofertantă.

Pe de altă parte, este de reținut și faptul că, în cauza *Varec*, C-450/06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, s-au stabilit următoarele:

39 Desigur, aceste dispoziții vizează conduita autorităților contractante. Totuși, se impune să se recunoască faptul că efectul util al acestora ar fi grav compromis dacă, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, toate informațiile privind această procedură de atribuire ar trebui, fără nicio limitare, puse la dispoziția autorului acestei acțiuni și chiar a altor persoane, precum intervenienții.

40 Într- un asemenea caz, ***simpliciter* introducerea a unei căi de atac ar da**

acces la informații care ar putea fi utilizate pentru a denatura concurența sau pentru a aduce atingere intereselor legitime ale operatorilor economici care au participat la procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție. O astfel de posibilitate ar putea chiar stimula operatorii economici să introducă acțiuni doar în scopul de a obține acces la secretele comerciale ale concurenților lor.

(...)

43 În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar.

44 Se pune problema dacă această interpretare este conformă noțiunii de proces echitabil în sensul articolului 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 (denumită în continuare „CEDO”).

45 Într- adevăr, după cum reiese din decizia de trimitere, *Varec* a invocat în

fața Conseil d'État că dreptul la un proces echitabil implică garantarea

caracterului contradictoriu al oricărei proceduri judiciare, că principiul contradictorialității reprezintă un principiu general de drept, că își găsește temeiul în articolul 6 din CEDO și că acest principiu implică dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de toate înscrisurile sau observațiile prezentate instanței pentru a influența decizia acesteia și pentru a le discuta.

46 În această privință, trebuie subliniat că articolul 6 alineatul (1) din CEDO prevede, printre altele, că „[o]rice persoană are dreptul la judecarea în mod

echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o

instanță independentă și imparțială [...]”. Potrivit jurisprudenței constante a Curții Europene a Drepturilor Omului, caracterul contradictoriu al unei proceduri reprezintă unul dintre elementele care permit să se aprecieze caracterul echitabil al acesteia, însă poate fi pus în balanță cu alte drepturi și interese.

47 Principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta. Cu toate acestea, în anumite cazuri, poate fi necesar ca anumite informații să nu fie comunicate părților pentru a putea garanta drepturile fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Rowe și Davis împotriva Regatului Unit din 16 februarie 2000,

Recueil des arrêts et décisions 2000- II, § 61, și Hotărârea V. împotriva

Finlandei din 24 aprilie 2007, nepublicată încă în Recueil des arrêts et décisions, § 75).

(...)

50 În sfârșit, menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței citate la punctul 47 din prezenta hotărâre.

51 Rezultă astfel că, **în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă.** Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52 Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar,

C- 438/04, Rec., p. I- 6675, punctul 40) 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, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53 În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

(...)

În același sens s-a reținut și în Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

De asemenea, este de amintit Hotărârea Curții din 7 septembrie 2021 - „Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB în cauza

C-927/19, (pct. 113-136) și pct. 137 Având în vedere considerațiile care

precedă, trebuie să se răspundă la a patra, a opta și a noua întrebare că: – articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citit în lumina principiului general de drept al Uniunii la o bună administrare, trebuie interpretate în sensul că o autoritate contractantă, sesizată de un operator economic cu o cerere de comunicare a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în oferta unui concurent căruia ia fost atribuit contractul, nu este obligată să comunice aceste informații atunci când transmiterea lor ar conduce la încălcarea normelor de drept al Uniunii referitoare la protecția informațiilor confidențiale, chiar dacă cererea operatorului economic este prezentată în cadrul unei căi de atac a aceluiași operator privind legalitatea aprecierii de către autoritatea contractantă a ofertei concurentului. Atunci când refuză să transmită asemenea informații sau când, odată cu formularea unui astfel de refuz, respinge calea de atac administrativă formulată de un operator economic cu privire la legalitatea aprecierii ofertei concurentului în cauză, autoritatea contractantă este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului la bună administrare și dreptul concurentului la protecția informațiilor confidențiale, așa încât decizia sa de refuz sau decizia sa de respingere să fie motivată, iar dreptul la o cale de atac eficientă de care beneficiază un ofertant respins să nu fie lipsit de efect util; 3/30/22, 6:19 PM CURIA – Documents [https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&part=1&occ=first&mode=lst&pageIn)

[docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&part=1&occ=first&mode=lst&pageIn](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&part=1&occ=first&mode=lst&pageIn)

dex=0... 30/35 – articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina articolului 47 din cartă, trebuie interpretate în sensul că instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante prin care se refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia ia fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia. În acest scop, instanța menționată, care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative, dacă acestea sunt nelegale, și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.

Astfel, Consiliul, considerând susținerile contestatoarei (...) SRL legate de caracterul confidențial al documentelor din oferta câștigătoare lipsite de temei, nu a permis accesul la acele informații declarate confidențiale, dat fiind faptul că a fost îndeplinită procedura stabilită de legiuitor la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv *În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.*

În referire la solicitarea contestatoarei de a fi repusă în termenul de contestare a aspectelor de care a luat cunoștință cu ocazia studierii dosarului cauzei la Consiliu, este de reținut că motivarea contestației, reprezentând un element esențial al acesteia, trebuie prezentată în cuprinsul ei, în interiorul termenului legal de contestare. Nicidecum motivarea contestației nu se poate realiza abia după ce contestatoarea consultă dosarul cauzei la Consiliu.

Contestația trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept. În lumina legislației incidente, formularea și, implicit, motivarea contestației sunt independente de studiul dosarului cauzei de către contestatoare, dosar care, evident, nici nu există la data depunerii contestației, ci se întocmește ulterior de către organul administrativ-jurisdicțional. În consecință, și **soluționarea contestației este și trebuie să fie independentă de studierea dosarului cauzei de către reclamantă.** Nicio prevedere în vigoare nu leagă și, cu atât mai puțin, nu împiedică soluționarea contestației de către Consiliu de absența

studierii dosarului de către părțile în conflict, în cele 20 de zile de care dispune organul jurisdicțional, dimpotrivă.

Consiliul nu se poate substitui autoarei sesizării în ce privește invocarea tuturor motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate. Sesizarea trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, care servește la determinarea exactă a obiectului judecății administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. Altminteri, judecata ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Nu există temei legal pentru motivarea contestației în afara termenului stabilit de legiuitor, eventual după primirea dosarului achiziției publice.

Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertei concurente pe bază de supoziții.

Relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei nu trebuie să depindă motivarea contestației sau soluționarea ei. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să fie o formă fără fond, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice. **Contestația este și rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți**, cum s-a spus mai înainte.

Completarea contestației adusă de (...) SRL prin intermediul concluziilor scrise depuse la Consiliu la 31.10.2023, cu critici suplimentare celor din contestație, formulate împotriva ofertei câștigătoare, a cărei reevaluare o solicită, vor fi înlăturate ca inadmisibile și nu vor fi reținute pentru analizare, depășind cadrul procesual cu care a fost investit, raportat la prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [*Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia*].

Astfel fiind, motivele formulate de (...) SRL în cuprinsul "concluziilor scrise" depuse la Consiliu la 31.10.2023, care nu se regăsesc în contestație, vor fi înlăturate de acesta ca inadmisibile pe calea "concluziilor scrise".

Faptul că o contestație formulată pe bază de presupuneri este nefondată și că prin concluzii scrise nu se poate schimba cadrul procesului, prin prezentarea motivelor concrete de contestare, a fost hotărât definitiv de instanțele judecătorești în numeroase cauze în materia achizițiilor publice, neputând fi pus la îndoială acum de către Consiliu.

Prin urmare, raportat la cele constatate, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea (...) SRL de acordare a posibilității de completare a motivelor din contestație după studierea la Consiliu a dosarului cauzei.

Cât privește critica contestatoarei în referire la valoarea ofertei câștigătoare, care este de 59% din valoarea estimată, iar conform informațiilor publice (raport TERMENE.RO) ofertanta (...) SRL ar avea un număr mediu de 17 angajați, astfel că nu are capacitatea de a realiza contractul de lucrări care se atribuie, este de reținut, ca prim aspect că, în privința prețului ofertat, achizițarea a solicitat ofertantei justificarea propunerii financiare prin adresa nr. 46/28.08.2023, pct. 2.

Ofertanta a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 184/29.08.2023, aducând următoarele precizări: **"Răspuns clarificare nr. 2:** Anexăm la prezenta documente concludente în fundamentarea economică a modului de formare a prețului.

a) *Fundamentarea economică a modului de formare a prețului prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;*

Pentru fundamentarea economică a modului de formare a prețului anexăm dovezi concludente:

- Ofertă de preț pentru oțel beton, plasă de sârmă zincată și electrozi sudură;
- Ofertă de preț pentru(...)600 g și 200g;
- Ofertă de preț pentru produse de balastieră (balast, bolovani etc.);
- Ofertă de preț pentru anrocamente;
- Analiză de preț pentru transport auto la 5 km – TRA01A05;
- Analiză de preț pentru transport auto la 7 km – TRA01A07;
- Analiză de preț pentru transport auto la 140 km – TRA01A140;
- Analiză de preț pentru tariful orar al utilajului Buldozer pe șenile 81-180 cp;
- Analiză de preț pentru tariful orar al utilajului Compactor autopropulsat cu rulouri 12 tf;
- Analiză de preț pentru tariful orar al utilajului Încărcător frontal pe șenile 1-2,5 mc;

b) *Soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor;*
Soluțiile tehnice au fost prezentate în propunerea tehnică.

c) *Originalitatea lucrărilor propuse de ofertant;*

Originalitatea lucrărilor a fost prezentată în propunerea tehnică.

d) *Posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.*

Nu este cazul, societatea nu beneficiază de ajutor de stat".

Au fost anexate adresei de răspuns documentele indicate, respectiv oferte de preț și analize de preț pentru tarife de transport și pentru utilaje.

Se constată din verificarea formularelor C6 *Lista consumurilor de resurse materiale*, C8 *Lista consumurilor de ore de funcționare a utilajelor de construcții* și C9 *Lista consumurilor privind transporturile*,

că au fost justificare toate reperele având pondere importantă în valoarea contractului, respectiv: 1. Oțel beton profil neted OB 37; 2. Plasa de sârmă zincată; 3. Balast; 4. Nisip; 5. Piatră brută; 6. Geotextil; 7. Sârmă zincată; 8. Electrozi de sudură; 9. Boldozer pe șenile 81 – 180 CP; 10. Compactor autopropulsat cu rulouri până la 12 tf; 11. Încărcător frontal pe șenile 1,0 – 5,5 mc; 12. TRA01A05; 13. TRA01A10; 14. TRA01A140.

Având în vedere că solicitarea achiziției în privința justificării propunerii financiare prezentate a fost generală, fără a se indica, în concret, reperele pentru care se impunea transmiterea acestei justificări, după caz, facturi, oferte de preț sau analize de preț, având în vedere că ofertanta a transmis justificări pentru toate reperele cu pondere importantă din valoarea oferită, se consideră că, în mod corect răspunsul ofertantei a fost considerat concludent.

Prin urmare, fiind justificată propunerea financiară prezentată, cu documente relevante în cauză, nu se putea considera că este neobișnuit de scăzută, cu toate că se situează sub pragul valoric de 80% din valoarea estimată a contractului de lucrări care se atribuie.

Cât privește susținerea contestației în referire la faptul că ofertanta câștigătoare (...) SRL are sediul în București și, conform informațiilor publice, punctele de lucru declarate nu se regăsesc în proximitatea amplasamentului, se consideră că nu este un argument suficient pentru a se considera că prețul oferit este nerealist/nejustificat sau că această ofertantă nu ar fi făcut o evaluare realistă și justificată a costurilor de achiziție și transport.

Cât privește trimiterea contestației la faptul că, din informațiile publice existente ar rezulta că ofertanta câștigătoare ar avea un număr de 17 angajați, astfel că nu ar avea capacitatea de realizare a contractului de lucrări, este de reținut, pe de o parte, că în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv fișa de date, nu s-a impus ofertanților să dețină un număr minim de angajați pentru contractul în discuție.

Pe de altă parte, nefiind impus un număr minim de persoane pentru realizarea contractului de lucrări în cauză, a fost lăsat la latitudinea fiecărei ofertante modalitatea de îndeplinire a contractului, cu încadrare în durata de execuție asumată.

Pentru faptul că ofertanta ar avea un număr de 17 persoane pentru realizarea contractului, nu înseamnă că nu poate îndeplini, în bune condiții, obiectul contractului de achiziție publică, câtă vreme modalitatea de organizare a lucrărilor este în strânsă legătură cu mijloacele de transport, precum și cu utilajele necesare pentru îndeplinirea contractului. Mai mult, nimic nu o împiedică pe ofertanta câștigătoare să angajeze personal suplimentar celui deținut pe perioada de execuție dacă se impune un astfel de demers.

Pentru aceste motive, raportat la argumentele prezentate, se consideră nefondată critica contestatoarei din acest punct de vedere.

Pentru aceleași motive, mai sus reținute, este considerată nefondată și critica contestatoarei în privința faptului că, în situația în care ofertanta a declarat în cadrul formularelor C7+C8 un număr de ore mai mare de 8640, în lipsa oricărei forme de susținere/subcontractare, ar rezulta incapacitatea efectivă a acesteia de execuție a contractului.

Nefiind restricționată în vreun fel modalitatea de organizare a lucrărilor și fiind posibilă angajarea de personal pe perioada de execuție a lucrărilor, raportat la argumentele contestatoarei, nu se poate considera că (...) SRL nu poate realiza contractul în cauză.

În ceea ce privește critica contestatoarei cu referire la faptul că ofertanta (...) SRL nu îndeplinește cerința documentației de atribuire, de la pct. 5.2 din caietul de sarcini și din răspunsul consolidat nr. 74171/06.07.2023, se constată că este motivată de faptul că, la nivelul listei oficiale a Agenției (...) https://www.namr.ro/wp-content/uploads/2023/03/permise_exploatare_14_03_2023.pdf, ofertanta câștigătoare nu apare ca deținând un permis de exploatare valabil.

Totodată, se reține că, prin cerința caietului de sarcini, pct. 5.2, s-a precizat **"... se va folosi 80% din material excavat din actualul pilier de siguranță nu și din materialul extras din albia râului Buzău"**, iar prin răspunsul consolidat cuprins prin adresa nr. 7417/06.07.2023, publicat în SEAP la data de 07.07.2023, la pct. 9, s-au indicat următoarele **"... pentru refacerea pilierului de siguranță se vor face lucrări de reprofilare, excavații și umpluturi cu material procurat din balastiere aflate în apropiere **exceptând cele din albia râului Buzău**"**.

Mai mult, se reține că, pentru justificarea propunerii financiare, ofertanta a prezentat prin adresa nr. 184/29.08.2023, pentru agregatele necesare două oferte de preț:

1. (...) SRL pentru balast, bolovani de râu, nisip și piatră spartă din stația de sortare situată în punctul cantonul Zeletin, județul Buzău; cu posibilitate de eliberare certificat ISO și declarație de performanță;
2. SRL din Săcele, județul Brașov, pentru piatră brută, de carieră; agregatele sunt licențiate și dețin certificat de conformitate.

În aceste condiții, nu există motive pentru care să se aprecieze că ofertanta câștigătoare nu a respectat cerința caietului de sarcini privind utilizarea pentru refacerea pilierului de siguranță de material exceptând cel din albia râului Buzău.

Critica contestatoarei, și din acest punct de vedere se consideră nefondată.

Cât privește critica contestatoarei legată de faptul că, din informațiile publice, ofertanta câștigătoare ar fi deținut la nivelul anului

2022, suma de 432.569,00 lei, iar pentru a-și dovedi capacitatea efectivă de execuție, ar fi trebuit să dovedească o disponibilitate de aproximativ 2.239.000,00 lei, se constată lipsa de temeinicie a acesteia, câtă vreme în documentația de atribuire nu s-a impus o cerință în acest sens.

Or, obligația operatorilor economici este de a elabora oferta cu respectarea cerințelor documentației de atribuire, în acord cu prevederile art. 88 din Legea nr. 99/2016 și art. 129 alin. (1) din Normele metodologice aprobate conform HG nr. 394/2016.

Mai mult, și entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, are obligația de a verifica ofertele prezentate prin comparație cu cerințele documentației de atribuire stabilite pentru procedura în discuție.

Astfel că, în acord și cu principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, printre acestea și cel al asumării răspunderii, prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 99/2016, achizitoarea, prin comisia de evaluare, are obligația de a stabili prin raportare la cerințele documentației de atribuire, ofertele admisibile și dintre acestea pe cea câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire ales.

În referire la faptul criticat de contestatoare că ofertanta câștigătoare nu ar fi asigurat accesul la specialiști, conform cerinței de la pct. 6, din Anexa 1 la Formularul de ofertă, se constată lipsa de temeinicie a acesteia, având în vedere că, prin formularul amintit s-a solicitat doar să se enumere respectivii specialiști, iar ofertanta a enumerat persoanele nominalizate ca RTE, Șef șantier, responsabil CQ și Coordonator SSM.

Faptul că în raportul procedurii nu era relevată îndeplinirea acestei cerințe nu înseamnă că oferta câștigătoare nu a făcut dovada acesteia, având în vedere și multitudinea de procese – verbale întocmite pe perioada evaluării ofertelor.

Cu referire la critică a contestatoarei în legătură cu faptul că, din raportul procedurii nr. 107523/04.10.2023, ar rezulta că ofertanta câștigătoare nu ar fi respectat cerința cu privire la semnarea, ștampilarea pe fiecare pagină, semnarea electronică și încărcarea în cadrul ofertei a tuturor documentelor publicate în SEAP, în cadrul procedurii, inclusiv a clarificărilor, conform pct. 1 din Formularul de ofertă, se constată lipsa de temeinicie a acesteia.

Ca prim aspect, se constată că, din cuprinsul raportului procedurii nu rezultă că ofertanta câștigătoare nu ar fi îndeplinit această cerință, iar societatea contestatoare nu a indicat, în concret care sunt informațiile din acest document care relevă această situație.

Mai mult, se constată din cuprinsul raportului procedurii că ofertanta câștigătoare, precum și celelalte ofertante, inclusiv societatea contestatoare au depus documentele ofertei în format “.pdf.p7s”, extensia “.p7s” fiind corespunzătoare pentru documentele semnate electronic cu semnătură electronică extinsă bazată pe un certificat

calificat, eliberat de furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii.

Totodată, este de reținut și faptul că, prin adresa de clarificare invocată de contestatoare, la pct. 8, s-a precizat: "Având în vedere complexitatea achiziției vă informăm că oferta se va prezenta conform indicațiilor din fișa de date. **Documentele vor fi obligatoriu semnate electronic**".

Or, din critica formulată de societatea contestatoare nu s-au putut identifica care sunt informațiile care conduc la concluzia că documentele din oferta câștigătoare nu sunt semnate electronic cum a susținut contestatoarea.

În considerarea celor reținute, nefiind constatat că ar exista motive pentru respingerea ofertei câștigătoare, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de (...) SRL, în contradictoriu cu (...) SA – SUCURSALA (...).

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

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de (...) SRL, cu sediul în Municipiul Buzău, șoseaua de centură DN 2, km 112+0,17, stânga, județul Buzău, în contradictoriu cu (...) SA – SUCURSALA (...), cu sediul în Curtea de Argeș, bd. Basarabilor nr. 82-84, județul Argeș.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile.