

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 904/21.12.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 69870/21.12.2023, formulată de către SC ... SRL, cu sediul în comuna ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva rezultatului procedurii cuprins în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6951/14.12.2023 și în raportul procedurii nr. 6949/14.12.2023, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*Reabilitare sistem rutier străzile: ..., ..., ..., Intrarea ..., Intrarea ..., ..., ..., ... și ...*”, s-a solicitat:

1. anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6951/14.12.2023, precum și a documentelor subsecvente;
2. anularea raportului procedurii nr. 6949/14.12.2023 și a tuturor actelor care au stat la baza întocmirii acestuia;
3. constatarea neconformității ofertei inițiale depuse de SC ... SRL;
4. obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, potrivit considerentelor deciziei care va fi pronunțată de Consiliu și la refacerea clasamentului ofertanților.

**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 formulată de SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii cuprins în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6951/14.12.2023 și în raportul procedurii nr. 6949/14.12.2023, emise de Orașul ..., prin care s-a solicitat adoptarea măsurilor de remediere precizate mai sus.

Preliminar, contestatoarea arată că procedura simplificată a fost finalizată prin raportul procedurii nr. 6949/14.12.2023, conform căruia oferta depusă de SC ... SRL s-a clasat pe locul I, cu un preț ofertat de 5.290.247,29 lei, fără TVA, iar oferta contestatoarei s-a clasat pe locul II, fiind declarată necâștigătoare, cu un preț de 5.732.338,66 lei, fără TVA.

Contestatoarea menționează că în urma studierii dosarului achiziției la autoritatea contractantă că a identificat neconformități ale ofertei clasate pe locul I.

A. Cu referire la Propunerea Tehnică:

1. Graficul prezentat de către ofertantul declarat câștigător este neconform, inclusiv după acceptarea modificării acestuia urmare a clarificărilor solicitate, iar cerința alocării resurselor activităților nu este îndeplinită în propunerea tehnică, aceasta fiind prezentată doar în urma a două solicitări de clarificări.

În documentul „*Formulare - ... - final-semnat.docx*” se regăsește, începând cu pagina 22, Formularul-cadru de Propunere tehnică, în cadrul căruia, la capitolul 4, sunt detaliate cerințele pe care trebuie să le îndeplinească Graficul general de realizare a investiției publice (fizic).

În acest context, arată că graficul prezentat de ofertantul declarat câștigător nu respectă multiple cerințe, respectiv:

a. Nu a fost prezentat drumul critic, graficul este în format alb-negru, iar drumul critic nu este evidențiat. Forma în care a fost prezentat graficul face imposibilă prezentarea drumului critic, mai ales că există numeroase activități care nu au nici predecesori, nici succesori. Astfel, indiferent de culoarea formatului, din analiza graficului Gantt reiese că nu există un drum critic.

b. Nu s-au evidențiat constrângerile pentru derularea activităților/lucrărilor într-o succesiune logică și cronologică, inclusiv prin identificarea drumului critic aferent realizării obiectivului de investiții/construcției din contract, așa cum s-a solicitat. În acest sens, toate activitățile de „*Șanțuri de pământ*” nu au niciun predecesor sau succesori, deci nu au nicio constrângere de start sau de finalizare. Aceeași neconformitate se reliefează și la activitățile de „*Întreținere*”, precum și la toate activitățile de la obiectul „*Intersecții, accese și scurgerea apelor*” (amenajare intersecții, drumuri laterale, amenajare accese proprietăți, podeț subtraversare D400, rigolă carosabilă, aducere cămine la cotă).

De asemenea, activitățile principale (străzile) nu au nicio constrângere logică, toate străzile pornind din puncte arbitrar alese, exclusiv ca succesori din jalonul „*Începere execuție*”, fiecare stradă fiind dependentă de „*Începere lucrări*” și atât, nereguli care denotă inclusiv că nu există un drum critic, nefiind îndeplinită cerința a.

c. În ceea ce privește cerința „*Durata/ succesiunea activităților și inter-relaționarea lor*” arată că, deși a fost prezentată durata

activităților, aceasta nu este în totalitate sincronizată cu forma grafică. Spre exemplificare, arată că activitatea de „Mobilizare” are o durată de 3 zile (în coloana „Durată”, începând cu data de 01.04.2024, cu finalizare în data de 03.04.2023), dar în Grafic este prezentată sub formă de jalon, cu durata de 0 zile. Astfel, inter-relaționarea nu s-a prezentat, iar cerința a rămas neîndeplinită, nerespectarea acestei cerințe indicând inexistența unui drum critic.

d. Nu au fost prezentate deloc resursele alocate activităților, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire.

În contrast cu cele arătate anterior, contestatoarea precizează că Graficul său a fost prezentat întocmai precum a fost solicitat încă de la bun început și consideră că sunt încălcate dispozițiile art. 209 alin. (1) și (2) din Lege și, prin nesocotirea principiilor achizițiilor publice, comisia de evaluare a ales să transmită ofertantului declarat câștigător solicitarea de clarificări nr. 6407/17.11.2023, cu privire la neconformitățile identificate în graficul prezentat, fără să indice măcar toate neconformitățile existente.

Astfel, apreciază că prin conduita sa față de societatea de pe locul I, comisia de evaluare a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea acestuia, nedeclarând oferta inițială ca fiind neconformă, solicitând clarificări care au dus la modificare de ofertă și acceptând aceste modificări, fără a declara oferta inacceptabilă.

Totodată, precizează că într-un mod total disproporționat ce modifică oferta depusă, a fost acceptat un nou grafic prezentat ce include încă neconformități inițiale, în condițiile în care constrângerile pentru derularea activităților nu sunt evidențiate, inter-relaționarea activităților este neglijent tratată, iar drumul critic este inexistent. Mai mult, singura neregulă îndreptată a fost alocarea resurselor, ceea ce denotă o modificare de ofertă, în sensul art. 134 alin. (6) din Norme.

În opinia sa, prin acceptarea graficului modificat au fost încălcate dispozițiile art. 134 alin. (6) din Normele metodologice, ce nu poate fi privit ca un viciu de formă sau o abatere tehnică minoră conform alin. (7) din același articol, fiind incidente prevederile art. 134 alin. (9) lit. c) din Hg nr. 395/2016.

Mai mult decât atât, cu privire la cerința *Resursele alocate activităților*, arată că aceasta mai fusese solicitată prin Solicitarea nr. 6177/09.11.2023, la punctul nr. 3. Așadar, prin clarificarea nr. 6407/17.11.2023 i-au fost solicitate pentru a doua oară aceste resurse ofertantului declarat câștigător, ceea ce denotă din nou încălcarea tratamentului egal de către autoritatea contractantă.

Cu toate acestea, oferta nu numai că nu a fost declarată neconformă din momentul evaluării, ba chiar comisia de evaluare i-a acordat încă o șansă.

Contestatoarea apreciază că este inacceptabilă solicitarea, de către comisia de evaluare, a modificării ofertei inițiale de două ori și a

acceptării unei propuneri tehnice noi a ofertantului declarat câștigător, cu încălcarea principiului tratamentului egal și a prevederilor legale menționate.

Aceasta subliniază că în cadrul solicitării de clarificări nr. 6177/09.11.2023 către ... SRL, la punctul 6, s-a solicitat să se menționeze *punctual momentul în care va interveni fiecare utilaj/echipament în desfășurarea contractului*, iar prin răspunsul său ofertantul menționează că retransmite tabelul cu utilaje completat cu momentul în care va interveni fiecare utilaj/echipament în desfășurarea contractului.

Contestatoarea apreciază că acesta recunoaște că nu a fost menționat momentul intervenției fiecărui utilaj în oferta sa inițială, iar comisia a acceptat această modificare, cu nesocotirea prevederilor art. 136 alin. (6) și ale art.124 alin. (1) din Norme.

Ofertantul clasat pe primul loc nu a răspuns complet solicitărilor de clarificare cu privire la propunerea tehnică, iar documentele în cauză au fost prezentate doar în urma celei de-a doua solicitări de clarificări, la etapa evaluării propunerii financiare

În continuare, petenta învederează că, în data de 09.11.2023, autoritatea contractantă i-a trimis atât ei, cât și celuilalt ofertant solicitarea de clarificări nr. 6177, ambele solicitări având același număr de înregistrare la autoritatea contractantă, deși conținutul acestora nu este identic și se adresează unor entități diferite, punctul 7 al solicitărilor fiind similar, dar nu identic, respectiv:

SC ... SRL i se solicită la punctul 7:

7. In cadrul documentelor depuse nu se regasesc informatii privind pretul pe unitate de masura, precum si oferte de pret pentru materialele respective, pe cantitati apropiate proiectului de la furnizorul respectiv, astfel cum a fost solicitat prin formularul pus la dispozitie prin documentatia de atribuire.

petenta solicitând Consiliului să rețină că această cerință se regăsește în documentația de atribuire într-un model de formular intitulat Surse de materiale, formular aferent propunerii tehnice, nu celei financiare.

Aceasta susține că a anexat inclusiv ofertele solicitate, aspecte regăsite în răspunsul nr. 779/14.11.2023, pe care comisia de evaluare l-a considerat îndestulător.

Ofertantului declarat câștigător i s-a solicitat, la punctul nr. 7, aproximativ același lucru (acesta nu a prezentat nici informațiile privind cantitățile și unitatea de măsură).

Prin răspunsul său din 13.11.2023, ofertantul declarat câștigător refuză anexarea documentului solicitat și propune comisiei prezentarea acestui document la momentul evaluării etapei financiare, impunând în acest fel comisiei de evaluare să întocmească o ... solicitare de clarificări la momentul unei etape ulterioare.

Comisia a considerat conformă propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător, deși acesta nu doar că nu a prezentat un document

impus la momentul ofertării, dar a refuzat prezentarea acestuia și în momentul răspunsului la clarificări.

În acest context, apreciază că în mod injust comisia de evaluare a acceptat acest răspuns, deși oferta sa ar fi trebuit declarată neconformă, întrucât nici nu respectă și nici nu clarifică o cerință a propunerii tehnice în etapa de evaluare tehnică.

Contestatoarea învederează tratamentul disproporționat al ofertanților adoptat de către comisia de evaluare, ținând cont de faptul că ambele răspunsuri au fost acceptate, deși acestea au fost total diferite.

Aceasta susține că, ulterior, a fost din nou favorizat ofertantul declarat câștigător, prin solicitarea adresată amândurora pentru prezentarea formularului în cauză și în etapa propunerii financiare.

Opinia contestatoarei este că membrii comisiei de evaluare nu doar că a desconsiderat faptul că ea a atașat deja acest document, dar mimează principiul tratamentului egal prin faptul că cere ambilor ofertanți prezentarea acestui document, exact cum SC ... SRL a impus comisiei prin răspunsul său din 13.11.2023.

Aceasta subliniază că dintr-o dată două răspunsuri concludente la etapa de evaluare tehnică, ce se încheie prin admisibilitatea ofertelor la această etapă, devin incerte și necesită clarificări suplimentare, la etapa evaluării propunerii financiare, în care ofertantul declarat câștigător completează.

Invocând și citând prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, petenta arată că respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței înseamnă că toți ofertanții dispun de aceleași șanse în elaborarea ofertelor și de același tratament în evaluarea acestora.

Contestatoarea consideră că s-au încălcat prevederile art. 209 din Lege, art. 136 alin. (6) și art. 137 alin. (1) din Norme, precum și principiul tratamentului egal prin comportamentul și atitudinea comisiei, oferta câștigătoare nefiind evaluată corespunzător.

Aceasta sumarizează că solicitarea completărilor documentelor ofertei nu a fost făcută în aceleași condiții pentru toți ofertanții, așa cum se impune, ci s-a permis în nenumărate rânduri modificarea documentelor lipsă de către ofertantul declarat câștigător și s-a acționat într-un mod subiectiv, absolut interpretabil, care a viciat procesul de atribuire al contractului.

În această ordine de idei, apreciază că inclusiv principiul proporționalității a fost încălcat de către comisia de evaluare, deciziile și măsurile adoptate nebazându-se pe o justă și echitabilă evaluare, pe echilibrarea adecvată a intereselor implicate, precum și pe o selectare coerentă a mijloacelor și mecanismelor care urmează a fi utilizate în vederea atingerii unui scop predefinit.

În susținerea celor afirmate mai sus, invocă prevederile art.18 alin. (1) din Directiva 24/2014/UE privind achizițiile publice, întrucât

consideră că acestea au fost complet desconsiderate de către autoritatea contractantă prin deciziile sale.

Totodată, consideră relevantă Hotărârea CJUE Partner Apelski Dariuzs – C-324/14, prin care s-a statuat: *„Principiile egalității de tratament și nediscriminării impun ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză.”*

B. Cu referire la propunerea financiară, precizează că ofertantul declarat câștigător și-a modificat-o pe a sa. Astfel, arată că în continuarea conduitei evidente de favorizare a ofertantului declarat câștigător, prin solicitarea de clarificări nr. 6609/27.11.2023, comisia de evaluare solicită la punctul 2 retransmiterea elementele propunerii financiare modificate, având în vedere identificarea în 2 formulare F3 a cotei cheltuielilor indirecte și profitului cu 1%, față de precizarea formularului de ofertă de 5%. Prin răspunsul la clarificări nr. 6701/29.11.2023, acesta invocă eroarea de redactare, abaterea tehnică minoră și eroarea aritmetică și retransmite formularele F3 indicate cu cota respectivelor cheltuieli cu 5%.

Astfel, petenta învederează modificarea prețurilor unitare ale propunerii financiare, prin modificarea cotei cheltuielilor indirecte și a profitului în Formularele F3 indicate de comisie, deoarece și procentul cheltuielilor indirecte și a cotei de profit reprezintă în sine un preț unitar (procent unitar), iar acesta trebuie să fie identic pentru toate recapitulațiile devizelor. Astfel, o diferență a acestora echivalează cu cotarea cu 2 prețuri unitare diferite a aceluiași material/resursă.

Aceasta arată că SC ... SRL a invocat toate excepțiile de la art. 134 alin. (6) din Norme și a lăsat la latitudinea comisiei să aleagă ce se potrivește, iar comisia de evaluare nu a efectuat măcar o verificare proprie în cadrul procesului-verbal de evaluare intermediar după răspunsul la clarificări, considerând acceptată și corectă modificarea.

În acest context, consideră că a fost această modificare s-a făcut cu nerespectarea cerințelor documentației de atribuire, comisia de evaluare nesocotind principiul tratamentului egal și nerespectând prevederile legale în materie. Având în vedere că această solicitare de clarificări și modificarea de ofertă a avut loc la nivelul propunerii

financiare, apreciază că este exclusă aplicarea acestei excepții legislative.

Contestatoarea mai apreciază că ceea ce comisia de evaluare a acceptat ca fiind o *eroare de redactare* este ceea ce dispozițiile art. 135 alin. (3) din Norme denumește ca fiind un viciu de formă, însă nu poate fi aplicabil în această situație teoria conform căreia corectarea procentelor și formularelor F3 este o eroare sau o omisiune susținută neechivoc de sensul și conținutul altor informații existente inițial. Cel mai important aspect pe care îl introduce însuși conceptul de viciu de formă este acela că *„corectarea/completarea are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”*

Așadar, consideră că s-a realizat un avantaj ofertantului declarat câștigător, nu doar prin raportare la oferta sa, dar mai ales raportat la ceea ce legea permite a fi clarificat, completat și nu modificat.

Contestatoarea mai apreciază că a fost invocat în mod incorect conceptul de eroare aritmetică, ceea ce denotă neînțelegerea atât de către ofertantul declarat câștigător, cât și de către autoritatea contractantă, a prevederilor legislative aplicabile în speță.

Astfel, deși aceasta este singura excepție de la dispozițiile art. 134 alin. (6) din Norme care ar fi putut avea aplicare în această etapă a evaluării, în această situație nu a fost vorba de o eroare aritmetică, ci de o modificare de ofertă.

Redând definiția de la art. 134 alin. (10) din Norme, contestatoarea învederează că nu au fost respectate principiile achizițiilor publice așa cum se impunea, tratamentul egal lipsind cu desăvârșire. Mai mult, subliniază că ofertantul declarat câștigător invocă eroarea aritmetică prin referire la *„cuantificarea valorică în valoare monetară nu depășește 1%”*, făcând o confuzie între prevederile art. 134 alin. (9) lit. a) care vizează abaterea tehnică minoră la propunerea tehnice, nu și la cea financiară și prevederile art. 134 alin. (10) care delimitează conceptul de eroare aritmetică în propunerile financiare.

Prin urmare, modificarea executată la nivelul prețurilor unitare conduce automat la modificarea propunerii financiare, aspect care vine în conflict cu prevederile art. 124 alin. (1) din Norme.

Față de această situație, contestatoarea solicită Consiliului să aprecieze imposibilitatea punerii în discuție a existenței unei erori aritmetice, ci a incidenței dispozițiilor art. 134 alin. (6) din Norme, în mod corelativ fiind încălcate și prevederile art. 137 alin. (1) din Norme și ale art. 209 alin. (2) din Lege.

În consecință, solicită observarea că au fost încălcate prevederile legale sus-menționate și principiul tratamentului egal, comisia efectuând o evaluare deficitară, prin acordarea abuzivă de favoruri ofertantului declarat câștigător și prin acceptarea modificării ofertei.

C. În ceea ce privește solicitarea de studiere a dosarului achiziției, în baza art. 19 alin. (1) din Legea nr.101/2016, contestatoarea face precizarea că aceasta este făcută în contextul în care societatea clasată pe primul loc a declarat aproape toată oferta sa confidențială, fără să aducă vreo justificare concretă în sensul art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Aceasta consideră că simpla indicare a documentelor cu caracter confidențial este de natură a restrânge dreptul său la formularea contestației în condiții corecte și de legalitate, raportat la faptul că legislația în domeniu reclamă însoțirea acestor elemente de dovezi care le conferă caracterul invocat (art. 57 alin. (1) și alin. (4) din Legea 98/2016).

Contestatoarea precizează că nu pretinde accesul la datele cu caracter personal, ori la elementele ce sunt apărute de un drept de proprietate intelectuală, ci solicită accesul doar la documentele propunerii tehnice și financiare în care se regăsesc cele sus-reliefate, cât și a proceselor-verbale de evaluare, în acest mod putând fi evidențiate ansamblul neconformităților ce denotă că oferta clasată pe locul I nu îndeplinește toate cerințele documentației de atribuire.

În acest sens, susține că orice ofertant își poate declara oferta confidențială la modul general ca un pretext pentru a nu se identifica punctual neregulile și neconformitățile evidente din cadrul ofertei sale.

Aceasta mai subliniază că, deși probarea secretului comercial a fost un subiect controversat în jurisprudența și doctrina achizițiilor publice, Agenția Națională pentru Achiziții Publice precizează următoarele:

„Ofertantul ar trebui să poată demonstra că a luat măsuri rezonabile pentru protecția informațiilor declarate ca fiind secrete comerciale, printr-o politică internă de protecție a secretelor comerciale cunoscută și asumată de personalul companiei, care poate cuprinde:

- *modul în care a identificat la nivel organizațional secretele comerciale;*
- *modul în care a pus în practică proceduri pentru protecția secretelor comerciale (pentru acea informație declarată ca fiind secret comercial);*
- *modul în care a restricționat accesul la secretele comerciale;*
- *existența unor clauze contractuale în contracte încheiate cu partenerii, furnizorii, clienții și angajații pentru protecția secretelor comerciale;*
- *registrul acordurilor de confidențialitate încheiate cu partenerii, furnizorii, clienții și angajații pentru protecția secretelor comerciale;*
- *documentele semnate de angajați la momentul angajării pentru păstrarea respectivului secret comercial sau la părăsirea locului de muncă prin care se asigură că nu mai au acces la secretele comerciale (dacă este aplicabil, în funcție de tipul secretului comercial).*

Așadar, dovezile care pot fi prezentate pentru susținerea caracterului confidențial al informațiilor declarate ca fiind secrete comerciale, sunt documentele/înscrisurile/orice alt mijloc de probă care demonstrează măsurile întreprinse de către operatorul economic pentru protejarea respectivelor informații, astfel cum sunt menționate mai sus cu titlu exemplificativ”.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului ca, dacă va considera necesar, să pună în vedere ofertantului să comunice justificarea efectivă, prin orice mijloc de probă, a încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind confidențiale și dovedirea acestora ca reprezentând secret comercial al societății.

Pentru toate aceste considerente solicită Consiliului admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 7142/27.12.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 70725/28.12.2023, autoritatea contractantă Orașul ... a transmis punct de vedere față de contestația formulată de SC ... SRL, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată și neîntemeiată, precum și menținerea raportului procedurii nr. 6949 din 14.12.2023 și a adresei de comunicare nr. 6951 din 14.12.2023

Autoritatea contractantă face precizarea că, în urma aplicării criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, clasamentul ofertanților care au depus oferte admisibile a fost următorul:

OFERTANT	PRET OFERTAT	CLASAMENT
SC ... SRL	5.290.247,29 lei, fără TVA	I
SC ... SRL	5.732.338,66 lei, fără TVA	II

Comisia de evaluare, prin raportul procedurii nr. 6949 din 14.12.2023, desemnează oferta prezentată de ofertantul SC ... SRL ca ofertă câștigătoare pentru această procedură de atribuire, ofertă care a fost clasată pe primul loc în clasamentul rezultat după aplicarea criteriului de atribuire și verificarea documentelor suport aferente probării informațiilor prezentate în DUAE.

În urma publicării în SEAP a raportului procedurii și a comunicărilor privind rezultatul procedurii, în data de 14.12.2023, SC ... SRL a cerut prin adresa nr. 870/14.12.2023 acces la dosarul achiziției, pentru care a primit acordul de studiere în data de 15.12.2023, urmat de formularea contestației dedusă soluționării.

1. Cu privire la susținerea din contestație în sensul că Graficul prezentat de către ofertantul declarat câștigător este neconform inclusiv după acceptarea modificării acestuia urmare a clarificărilor solicitate, autoritatea contractantă arată că modificarea nu a fost de natură a-i aduce vreun avantaj ofertantului, comisia de evaluare considerând că o complexitate scăzută a activităților respective nu echivalează cu modificarea propunerii tehnice, încadrând-o într-un viciu de formă.

În susținere, autoritatea contractantă redă dispozițiile art. 134 alin. (7) și art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, precizând că membrii comisiei de evaluare au analizat și Graficul de execuție/drum critic și Grafic Gantt depuse la pag. 120-127 din cadrul propunerii tehnice depuse, precum și documentul depus în completarea graficului Gantt, considerând că informațiile prezentate descriu, în esență, modul în care vor fi organizate lucrările și etapele esențiale.

De asemenea, precizează că ambele documente (Graficul de execuție/Drum critic și Graficul Gantt) tratează aceeași problemă, ambele având ca finalitate prezentarea detaliată a tuturor lucrărilor ce urmează a se realiza în cadrul contractului, precum și prezentarea momentului la care urmează a se prezenta fiecare lucrare în parte, astfel că autoritatea contractantă a avut la dispoziție toate elementele necesare pentru a putea determina dacă lucrarea va putea fi executată sau nu.

Aceasta învederează că, în urma răspunsurilor depuse, ofertantul nu a modificat informațiile cuprinse în graficul inițial, ci doar a inclus și detaliile solicitate, fiind menținute în integralitate informațiile privind durata de execuție a activităților, data de început și data de terminare a acestora.

De asemenea, a apreciat că omiterea din cadrul graficului de execuție a contractului a unor etape componente poate fi considerată o abatere tehnică minoră, dacă respectivele etape sunt descrise/se regăsesc informații despre aceste etape în alte secțiuni ale ofertei.

2. În ceea ce privește critica că ofertantul clasat pe primul loc a modificat oferta inițială prin răspunsul la clarificări, cu referire la momentul intervenției utilajelor, face mențiunea că ofertantul declarat câștigător a cuprins în cadrul ofertei inițiale, la pag. 4 - 6, informații cu privire la momentul sau durata utilizării infrastructurii pe perioada derulării contractului, specificând „*pe toată durata contractului*”. Așadar, prin răspunsul la solicitarea de clarificări acesta a venit cu lămuriri suplimentare, respectiv a completat, pentru fiecare utilaj specificat inițial, momentul în care va interveni fiecare utilaj/echipament, în desfășurarea contractului.

Astfel, consideră că nu se poate concluziona că, prin completarea ofertei cu înscrisurile în discuție, ofertantul declarat câștigător a beneficiat de un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedură.

De asemenea, consideră că în analiza acestor aspecte trebuie să se țină cont de faptul că respectivele informații se regăsesc în cadrul ofertei depuse inițial, iar solicitarea a avut rolul de a clarifica doar modul de intervenție al utilajelor, întrucât nu au fost modificate informațiile inițiale cuprinse în propunerea tehnică, ci este evidentă existența unui viciu formal de întocmire a propunerii tehnice, ce poate fi acoperit în condițiile precizate la art. 135 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016.

3. În ceea ce privește critica ce vizează faptul că ofertantul clasat pe primul loc nu a răspuns complet solicitărilor de clarificare cu privire la propunerea tehnică, documentele în cauză fiind prezentate doar în urma a două solicitări de clarificări, la etapa evaluării propunerii financiare, arată că în ceea ce privește acest aspect, pe parcursul evaluării ofertelor, s-au solicitat clarificări ambilor ofertanți cu privire la faptul că *în cadrul documentelor depuse nu se regăsesc informații privind prețul pe unitate de măsură, precum și oferte de preț pentru materialele respective, pe cantități apropiate proiectului de la furnizorul respectiv, astfel cum a fost solicitat prin formularul pus la dispoziție prin documentația de atribuire.*

Autoritatea contractantă arată că ambii participanți la procedură au făcut referire, în cadrul răspunsurilor date, la faptul că la acest moment nu pot fi dezvăluite componente de preț, cu atât mai mult prețuri unitare, respectiv că în etapa de verificare a propunerii tehnice nu se prezintă informații privind prețurile ofertate pentru a nu se denatura procesul de verificare a ofertelor, așa încât comisia de evaluare a hotărât solicitarea acestei clarificări și la etapa de analiză a ofertelor financiare.

În opinia sa, faptul că unul dintre ofertanți a răspuns la solicitarea de clarificări în sensul că *„transmite documentele solicitate revizuite, cu precizarea că prețurile unitare pe unitatea de măsură sunt asumate la nivelul propunerii financiare”*, iar unul dintre ofertanți a menționat *„precizăm că suntem de acord ca la etapa de verificare a propunerii financiare să vă punem la dispoziție documentele doveditoare privind modul de formare a prețurilor ofertate”* nu constituie motiv de excludere pentru unul sau celălalt, comisia de evaluare luând act de faptul că această solicitare de clarificări și-ar fi avut locul în cadrul evaluării financiare și a acționat în consecință, fără a leza interesele vreunui participant la procedură și fără a încălca principiile Legii nr. 98/2016.

4. În ceea ce privește critica că ofertantul declarat câștigător modifică propunerea financiară arată că, în cadrul procesului de evaluare a ofertelor financiare, comisia de evaluare a constatat, în cadrul formularelor F3 aferente străzii ... - semnalizare rutieră strada ... — sistem rutier, că ofertantul SC ... SRL a specificat cheltuieli indirecte și profit 1%, în timp ce în cadrul formularului de ofertă a resturilor încheierilor de ofertă — 5%. Drept urmare, prin adresa nr. 6609/27.11.2023 au fost solicitate clarificări cu privire la îndreptarea acestei erori.

Autoritatea contractantă învederează că normele metodologice de aplicare a legislației de achiziții publice/sectoriale reglementează modalitatea de identificare și tratare a situațiilor în care sunt detectate erori materiale, acestea fiind divizate în trei categorii: vicii de formă, abateri tehnice minore și erori aritmetice.

Aceasta consideră că introducerea acestor prevederi în legislație a avut la bază necesitatea găsirii unui echilibru just între aplicarea, pe de o

parte, a principiului proporționalității și, pe de altă parte, a principiului tratamentului egal și principiului transparenței.

Astfel, atât erorile aritmetice, cât și viciile de formă au particularitatea că reprezintă erori sau omisiuni din cadrul ofertei a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în cadrul ofertei sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare.

Întrucât modul de corectare a abaterilor tehnice minore, viciilor de formă și a erorilor aritmetice este legiferat, apreciază că problema încălcării principiului transparenței este eliminată, deoarece toți ofertanții participanți la o procedură de atribuire sunt avizați asupra metodologiei de lucru a comisiei de evaluare, rămânând în sarcina comisiei de evaluare respectarea principiului proporționalității și cel al tratamentului egal.

Principiul egalității de tratament al operatorilor economici nu interzice autorității/entității contractante să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte.

Prin urmare, comisia de evaluare a considerat că, prin completarea informațiilor cuprinse în ofertă prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări, cu respectarea regulilor descrise mai sus, nu este sancționabilă cu respingerea ofertei ca fiind neconformă.

Concluzionând, autoritatea contractantă arată că prin modul de evaluare a ofertelor a urmărit să respecte principiile tratamentului egal și nediscriminării statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

În susținere, precizează că în cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31. Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a căruia ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAGELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32. Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau

pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea citată anterior, punctul 40)

33 *Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.*

34 *Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).*

35 *În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).*

Referitor la cele expuse mai sus consideră că prelungirea atribuirii contractului de lucrări aferent prezentei proceduri ar aduce prejudicii autorității contractante și importante pagube materiale, motiv pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată și neîntemeiată, precum și menținerea raportului procedurii nr. 6949/14.12.2023 și a adresei de comunicare nr. 6951/14.12.2023.

În replică, contestatoarea a formulat concluzii scrise transmise cu adresa nr. 22/08.01.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 1170/09.01.2024, prin care arată următoarele:

A. Referitor la propunerea tehnică:

1. Graficul prezentat de către ofertantul declarat câștigător este neconform, iar prin răspunsul său, autoritatea contractantă consideră că modificările aduse propunerii tehnice reprezintă un viciu formă și/sau o abatere tehnică minoră, însă excepțiile de la dispozițiile art. 134 alin. (6) din Norme sunt limitative, clar definite și nu lasă la latitudinea comisiei de evaluare să încadreze modificările de ofertă în aceste situații oricând consideră.

Contestatoarea subliniază că și includerea unor informații ce ar fi trebuit cuprinse inițial, dar au lipsit, echivalează cu o modificare de ofertă în sensul prevederilor art. 134 alin. (6) din Norme și încalcă principiul tratamentului egal și al transparenței.

De asemenea, arată că inclusiv în punctul de vedere al autorității contractante nu sunt încadrate, în mod justificat, modificările aduse de către ofertantul clasat pe primul loc propunerii tehnice într-un viciu de formă și/sau abatere tehnică minoră.

2. Ofertantul clasat pe primul loc a modificat oferta inițială prin răspunsul la clarificări cu referire la momentul intervenției utilajelor, iar precizarea utilizării infrastructurii *pe toată durata contractului* nu echivalează cu demonstrarea cerinței documentației de atribuire privind indicarea momentului intervenției utilajelor. Respectivile informații nu se

regăsesc în oferta inițială, așa cum arată autoritatea contractantă în răspunsul său.

În acest context, contestatoarea consideră că se încearcă acoperirea erorilor de evaluare, însă cu încălcarea prevederilor art. 134 alin. (6) și art. 124 alin. (1) din Norme, art. 209 din Lege și principiul tratamentului egal.

3. Ofertantului clasat pe primul loc i s-au cerut 2 solicitări de clarificare cu privire la o cerință ce a lipsit cu desăvârșire din oferta inițială, respectiv alocarea resurselor, aspect ce se poate observa la pagina 4/20 a procesului-verbal nr. 6175/09.11.2023, cu referire la faptul că membrii comisiei de evaluare observă că nu există informații cu privire la resursele alocate activităților și solicită clarificare.

Opinia contestatoarei este că, prin răspunsul primit, autoritatea ar fi trebuit să constate ferm că cerința nu este îndeplinită la nivelul ofertei SC ... SRL, fapt confirmat prin răspuns, anume indicarea paginilor la care se află extrasele de resurse (formularele C6, C7, C8, C9), documente total diferite de alocarea resurselor, cerință în concordanță cu Graficul Gantt.

Aceasta reiterează că, într-un mod contradictoriu cu principiul tratamentului egal și cu dispozițiile art. 134 alin. (6) din Norme, autoritatea nu doar că solicită o a doua clarificare pe aceeași temă, însă chiar solicită ofertantului, suplimentar, să modifice și Graficul Gantt în corelare cu cerința lipsă, pe care i-a permis să o completeze.

Contestatoarea învederează importanța acestei cerințe, expusă chiar de către autoritatea contractantă prin strategia de contractare, la pagina 28/33. În justificarea pentru criteriul de atribuire ales se subliniază fix cele două cerințe pe care ofertantul clasat pe locul I nu le-a îndeplinit prin oferta sa: Graficul Gantt (complet prin drum critic, jaloane, succesiune activități și interrelaționarea acestora), care lipsesc sau nu sunt logice/concludente și alocarea resurselor pentru realizarea activităților.

Așadar, apreciază că în cadrul evaluării sale autoritatea contractantă nu a ținut cont nici de propria strategie de contractare, nici de prevederile art. 2 alin. (2) din Lege.

4. Ofertantul clasat pe primul loc nu a răspuns complet solicitărilor de clarificare cu privire la propunerea tehnică, iar autoritatea contractantă nu poate aprecia în timpul evaluării că un formular solicitat în cadrul propunerii tehnice *și-ar fi avut locul în cadrul evaluării financiare*.

Așadar, subliniază că nu se pot modifica cerințele documentației de atribuire în momentul evaluării, iar considerentele autorității contractante nu înlătură faptul că ofertantului clasat pe primul loc i s-au cerut de două ori aceleași clarificări.

Totodată, arată că ofertantul declarat câștigător a impus autorității punerea la dispoziție a documentelor aferente etapei de verificare a

propunerii tehnice la etapa de evaluare a propunerii financiare, fapt ce contravine argumentului autorității contractante conform căruia comisia de evaluare a considerat că se cuvine solicitarea acestui document la altă etapă.

În acest context, solicită observarea că ofertantul clasat pe primul loc a dictat comisiei de evaluare, iar autoritatea contractantă, în mod abuziv, a acceptat drept conformă o propunere tehnică ce nu cuprindea și nu a clarificat în totalitate cerința inițial solicitată.

B. Cu referire la Propunerea Financiară:

5. Ofertantul declarat câștigător modifică propunerea financiară, iar autoritatea contractantă nu se poate folosi de reglementarea abaterilor tehnice minore, viciilor de formă și a erorilor aritmetice oricând dorește.

În acest sens, petenta reiterează că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, face confuzie între concepte și alege să le invoce în momente oportune acesteia. Mai mult, arată că raportat la dispozițiile din Hotărârea CJUE din 10 octombrie 2023, Cauza C-336/12, pe care autoritatea contractantă o invocă în răspunsul său, ofertanții nu s-au aflat în aceeași situație, oferta sa nefiind susceptibilă de inadvertențele cuprinse în textele citate, prețurile unitare fiind modificate de către ofertantul declarat câștigător la cererea comisiei de evaluare, aspect neîntâlnit la nivelul propunerii sale financiare.

În opinia sa, diferența de tratament reiese din procesele-verbale privind evaluarea propunerilor financiare, aspect ce rezultă din procesul verbal nr. 6608/27.11.2023, în sensul că comisia identifică în mod corect greșeala de prețuri de la nivelul ofertei clasate pe primul loc, în timp ce oferta ... SRL a îndeplinit toate cerințele de la bun început.

Ulterior, din procesul-verbal final al propunerilor financiare nr. 6739/04.12.2023, pagina 7/9, rezultă că s-a admis solicitarea și acceptarea modificării prețurilor unitare, însă modificarea prețurilor unitare nu este o greșeală de redactare.

Drept urmare, petenta învederează că devin incidente prevederile art. 134 alin. (6) din Norme, prin evaluarea sa deficitară comisia de evaluare încălcând atât prevederile art. 124 alin. (1) și art. 137 alin. (1) din Norme, cât și al art. 209 alin. (1) din Lege.

Așadar, oferta clasată pe primul loc a fost modificată după depunere, iar această modificare nu se înscrie în dispozițiile art. 134 alin. (8) și (10) sau art. 135 alin. (3).

C. În ceea ce privește studierea dosarului achiziției, cu privire la subiectul confidențialității, reiterează argumentele prezentate în contestație.

Pentru toate considerentele expuse, contestatoarea solicită Consiliului admiterea contestației astfel cum a fost formulată, motivând că autoritatea contractantă a acționat împotriva principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege și prin încălcarea art. 209 din Lege și a art. 124 alin. (1), art. 134 alin. (6) și art. 137 alin. (1) din Norme, raportat la

faptul că nu o singură dată, prin solicitările sale de clarificări, comisia a favorizat ofertantul declarat câștigător și a permis modificarea ofertei acestuia, deși oferta SC ... SRL trebuia declarată neconformă urmare a deficiențelor.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... din 21.12.2023, în valoare de ...,00 lei, emise de CEC Bank SA - Sucursala

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a deciziei, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

În calitate de autoritate contractantă, ORAȘUL ... a organizat procedura simplificată de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*Reabilitare sistem rutier străzile: ..., ..., ..., Intrarea ..., Intrarea ..., ..., ..., ..., ... și ...*”, prin publicarea, în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../05.10.2023.

Valoarea estimată a contractului este de 5.733.844,91 lei, fără TVA, criteriul de atribuire ales fiind „*prețul cel mai scăzut*”.

Conform procesului-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 5876/26.10.2023 și a declarației de participare publicată în SEAP în data de 26.10.2023, au depus oferte doi operatori economici, printre care și contestatorul SC ... SRL.

Potrivit raportului procedurii nr. 6949/14.12.2023, oferta depusă de SC ... SRL s-a clasat pe locul II, cu un preț de 5.732.338,66 lei, fără TVA, procedura de atribuire fiind câștigată de SC ... SRL, cu un preț de 5.290.247,29 lei, fără TVA.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, în care critică oferta declarată câștigătoare.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din anunțul de participare, fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul de contract, însoțită de clarificările transmise nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). „Conținutul documentației

de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – „ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției”, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – „ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, însoțită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 2724gd82).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust

gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e).

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. La punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), Curtea a reamintit că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la

condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de

tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80). Și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 22 iunie 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, punctele 30-33, Hotărârea din 14 octombrie 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punctele 61 și 63, Hotărârea din 4 decembrie 2018, Minister for Justice and Equality și Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din

21 ianuarie 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punctul 78).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul va analiza, pe rând motivele de neconformitate invocate în contestație.

Prima critică referitoare la propunerea tehnică depusă de SC ... SRL vizează faptul că graficul prezentat de ofertantul declarat câștigător este neconform, inclusiv după modificarea acestuia în urma clarificărilor solicitate.

Conform pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date:

„Propunerea tehnica va fi elaborata astfel incat sa asigure posibilitatea verificarii corespondentei cu specificatiile tehnice prevazute in caietul de sarcini. Vor fi acceptate ofertele care indeplinesc cerintele minime prevazute in caietul de sarcini. Pentru a demonstra ca propunerea tehnica depusa respecta cerintele minime din caietul de sarcini, se vor descrie in detaliu toate informatiile din care sa se poata aprecia daca sunt indeplinite cerintele din caietul de sarcini, precum si alte informatii considerate semnificative pentru evaluarea corespunzatoare a propunerii tehnice.

*Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în documentația de atribuire, în Caietul de sarcini **și formulare.**”*

Conform punctului 4. Grafic general de realizare a investiției publice (fizic) din Formularul - cadru Propunere Tehnică (execuție lucrări), la acest capitol, ofertantul trebuie să prezinte graficul general de realizare a investiției publice (fizic), care trebuie să fie în concordanță cu metodologia de execuție a lucrărilor și durata de finalizare a activităților în Contract, respectiv:

„Cel puțin următoarele informații trebuie prezentate în această secțiune a Propunerii tehnice :

- a. Denumirea lucrărilor*
- b. Evidențierea constrângerilor pentru derularea activităților/lucrărilor într-o succesiune logică și cronologică, **inclusiv prin identificarea drumului critic aferent** realizării obiectivului de investiții/construcției din Contract;*
- c. Durata/**succesiunea activităților și inter-relaționarea lor;***
- d. Punctele cheie de control (jaloane/milestones);*
- e. Resursele alocate activităților.*

Graficul general de realizare a investiției publice (fizic) propus trebuie să conțină resursele planificate pentru realizarea activităților și trebuie:

- a. să aibă corespondent în informațiile incluse în Caietul de Sarcini, atât la nivelul pieselor scrise cât și la nivelul pieselor desenate
- b. să demonstreze:
 - i. înțelegerea cerințelor Caietului de Sarcini;
 - ii. abilitatea de a transpune informațiile din piesele scrise și piesele desenate într-un Grafic general de realizare a investiției publice (fizic) fezabil, de așa manieră încât să se asigure finalizarea lucrărilor în termenul specificat în Caietul de Sarcini;
- c. să fie realizat utilizând un software de planificare a timpului (inclusiv Excel) compatibil cu infrastructura TIC existentă la nivel de Autoritate Contractantă, astfel cum este indicat de către Autoritatea Contractantă în Caietul de sarcini;
- d. să utilizeze o scală de planificare a duratei/duratelor activității/activităților;
- e. să permită corelarea informațiilor incluse în graficul general de realizare a investiției publice (fizic) cu informațiile din Propunerea Financiară (fluxul de numerar, pentru aceeași unitate de planificare)."

Referitor la susținerea contestatoarei, potrivit căreia în graficul Gantt depus de SC ... SRL, atât cel inițial, cât și în cel depus în urma solicitării de clarificări, nu se regăsește drumul critic, Consiliul are în vedere că în procesele-verbal de evaluare tehnică se afirmă că a fost prezentat drumul critic, fără a se oferi vreo altă explicație.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă nu a făcut vreo referire la drumul critic, nepronunțându-se cu privire la această critică.

Conform literaturii de specialitate, metoda Drumului Critic este o metodă euristică bazată pe teoria grafelor, conținând anumite procedee de estimare și reajustare a duratelor unor activități, precum și pe cunoașterea practică a unor procedee complexe pe care le poate analiza din punct de vedere a desfășurării în timp a fazelor componente.

Metoda Drumului Critic identifică activitățile care influențează în mod hotărâtor durata totală a procesului respectiv, succesiunea acestor activități critice formând „drumul critic”.

Drumul critic se refera la o succesiune de activități și evenimente critice care formează un drum continuu între începutul și finalul unui proiect, el reprezentând drumul cel mai lung al acestuia. Dacă data finală a proiectului a fost depășită înseamnă că cel puțin o activitate critică nu a fost terminată la timp. Înțelegerea succesiunii activităților critice este importantă pentru a ști unde se dispune de flexibilitate în cadrul proiectului.

Poate și din cauza nefolosirii culorilor diferite în cadrul graficului Gantt depus de SC ... SRL, Consiliul nu a reușit să identifice cu certitudine dacă în acesta este prezentat sau nu drumul critic. Chiar dacă în documentația de atribuire nu s-a prevăzut identificarea drumului critic printr-o grafică colorată, era obligația ofertanților de a întocmi oferta astfel diferențiată, având în vedere că aceștia sunt profesioniști atât în

ceea ce privește domeniul de specialitate, cât și în domeniul achizițiilor publice și, implicit, în elaborarea ofertelor.

În consecință, Consiliul consideră că este necesară o reevaluare a ofertei contestate cu privire la îndeplinirea cerinței de prezentare a drumului critic, prin depunerea unui nou grafic Gantt în care să se evidențieze drumul critic.

Neidentificarea sau chiar lipsa din ofertă a drumului critic poate fi considerată o eroare minoră, cu atât mai mult cu cât oferta este foarte voluminoasă (peste 500 pagini propunerea tehnică și cca 150 pagini propunerea financiară), iar legislația achizițiilor publice permite, în anumite condiții, completarea ofertei [art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016) „În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”].

O altă critică vizează faptul că în graficul prezentat nu s-au evidențiat constrângerile pentru derularea activităților/lucrărilor într-o succesiune logică și cronologică, sens în care se exemplifică prin activitățile „șanțuri de pământ”, „întreținere” și toate activitățile de la obiectivul „Intersecții, accese și scurgerea apelor”.

Cu privire la această critică, Consiliul reține că nefiind identificat drumul critic, implicit nu sunt evidențiate nici constrângerile pentru derularea activităților/lucrărilor, așa cum este cerința („Evidențierea constrângerilor pentru derularea activităților/lucrărilor într-o succesiune logică și cronologică, inclusiv prin identificarea drumului critic aferent”).

Sigur, în conformitate cu metodologia de execuție aleasă de fiecare ofertant este posibil ca pentru unele activități/lucrări să nu existe nicio constrângere. Simpla observație a faptului că unele activități nu au prevăzută în grafic vreo constrângere de start sau de sosire nu reprezintă în sine un motiv de neconformitate a ofertei. Contestatoarea avea obligația, potrivit art. 249 din Codul de procedură civilă („Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”), să motiveze de ce este obligatoriu ca aceste activități să aibă cel puțin o constrângere (de start, de sosire sau ambele).

În consecință, după ce ofertanta va prezenta graficul Gantt refăcut cu identificarea drumului critic, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să efectueze verificări și cu privire la evidențierea constrângerilor pentru derularea activităților/lucrărilor într-o succesiune logică și cronologică.

O altă critică referitoare la graficul prezentat de SC ... SRL vizează cerința „durata/sucesiunea activităților și interrelaționarea lor”,

contestatoarea susținând că activitatea „mobilizare” are o durată de 3 zile în coloana „durată” (01-03.04.2024), dar în grafic este prezentată sub formă de jalon cu durată de 0 zile.

Consiliul reține reaua-credință a contestatoarei în formularea acestei critici, fiind evident că în grafic (în care timpul este împărțit în săptămâni), nu toate dimensiunile dreptunghiurilor sau ale altor forme geometrice din grafic reflectă cu maximă fidelitate perioada de timp pentru activitatea respectivă.

Este evident că acel jalon indică perioada de mobilizare (intervalul 01-03.04.2024), fiind lipsit de relevanță dacă în grafic apare la începutul acesteia, la sfârșitul acesteia, sau oriunde pe parcurs.

De aceea în partea stângă a graficului este precizată clar perioada de desfășurare a acelei activități.

De altfel, și în graficul contestatoarei, deși sunt două perioade de câte 3 zile atât pentru activitatea „mobilizare”, cât și pentru „organizare de șantier”, dreptunghiurile grafice care reprezintă aceste activități nu sunt egale, dreptunghiul aferent organizării de șantier având o lungime cel puțin dublă față de dreptunghiul aferent mobilizării. Asta nu înseamnă că acel grafic este neconform și, doar pentru acest motiv, oferta ar trebui respinsă.

În ceea ce privește faptul că în grafic nu au fost prezentate resursele alocate activităților, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a făcut corect aplicarea prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, de a solicita clarificări ofertantei SC ... SRL, însă solicitarea nu a fost suficient de clară, în sensul precizării acestor resurse în cadrul graficului Gantt inițial, fiind evident că în acesta nu se regăsesc, astfel încât acest ofertant a răspuns cu privire la locul în care a prevăzut resursele în cadrul ofertei, și anume la pag. 412-416 din propunerea tehnică.

Consiliul apreciază că răspunsul punctual de clarificare dat de asocieră a fost pe măsura solicitării autorității și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat suficient și credibil. Explicațiile aduse se referă tocmai la întrebarea autorității și nu are nimic neconcludent, pentru ca oferta să fie respinsă.

Abia prin cea de-a doua solicitare de clarificare, autoritatea contractantă a formulat o solicitare suficient de clară, care a permis și un asemenea răspuns, prin care ofertanta a completat graficul Gantt cu resursele alocate.

Consiliul nu consideră că acestui ofertant i-a fost conferit vreun avantaj în condițiile în care lipsa resurselor din graficul Gantt întrunește toate condițiile de a fi considerată un viciu de formă, tabele cu resurse (umane și materiale) regăsindu-se și în alte capitole ale propunerii tehnice depuse odată cu oferta, motiv pentru care această critică va fi respinsă.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că ofertantul declarat câștigător și-a modificat oferta, respectiv a prevăzut inițial în ofertă că utilajele nominalizate vor fi utilizate „pe toată durata contractului”, iar în urma solicitării de clarificări a prezentat pentru fiecare utilaj în parte lucrările la a căror execuție va fi folosit, Consiliul reține că, prin tabelul prezentat în propunerea tehnică (pag. 4-6) în care a completat că momentul utilizării fiecărui utilaj este „pe toată durata contractului”, autoarea ofertei a dorit să confirme că, în calitate de proprietară a tuturor utilajelor, poate avea acces la oricare dintre utilaje, oricând pe perioada contractului.

Fiind o procedură destinată profesioniștilor, solicitarea de precizare a momentului utilizării utilajelor are, mai degrabă, caracterul unei solicitări formale, fiind evident că utilajele vor fi folosit pentru efectuarea lucrărilor specifice fiecăruia, pe care profesioniștii din domeniu le cunosc foarte bine, motiv pentru care Consiliul va respinge și această critică.

În continuare, Consiliul va analiza ultima critică referitoare la propunerea tehnică a ofertantului, privind faptul că SC ... SRL nu a răspuns complet unei solicitări de clarificare vizând propunerea tehnică, ci doar în urma unei a doua solicitări de clarificare formulată în etapa evaluării propunerilor financiare.

În soluționare, Consiliul are în vedere că în modelul de formular „Surse de materiale” se solicită:

„a) identificarea și prezentarea surselor posibile pentru principalele materiale necesare realizării lucrărilor prevăzute:

*Pentru fiecare sursă de materiale identificată se indică volumele de material estimate a fi livrate de la sursa respectivă, denumirea sursei, adresa sursei – localitate, județ, strada, nr., telefon, email, fax), persoana de contact pentru eventuale informații, **unitatea de masura si pretul pe unitatea de masura respectivă.**”*

Prin prima solicitare de clarificări la oferta tehnică, nr. 6177/09.11.2023, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei SC ... SRL următoarele:

„ 7. În cadrul documentelor depuse nu se regasesc informații privind unitatea de masura și pretul pe unitate de masura, precum și oferte de pret pentru materialele respective, pe cantități apropiate proiectului de la furnizorul respectiv, astfel cum a fost solicitat prin formularul pus la dispoziție prin documentația de atribuire.”

Este evident că, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, nu se face o evaluare a prețurilor ofertelor sau a elementelor ofertelor, nefiind necesară, la acel moment, aceste prețuri.

Faptul că prevederea documentației de atribuire, respectiv a cerinței de prezentare a prețurilor pe unitatea de măsură din cadrul formularului „Surse de materiale” nu a fost contestată nu înseamnă că o ofertă poate fi respinsă dacă în propunerea tehnică s-a prezentat formularul fără a

completa prețul unitar, iar în cadrul propunerii financiare a fost prezentat și prețul unitar.

Această apreciere a fost însușită și de autoritatea contractantă, care a acceptat că depunerea prețurilor unitare să se facă în cadrul ofertei financiare.

Până la urmă, este lipsit de relevanță dacă unele elemente ale propunerii tehnice se regăsesc în cadrul propunerii financiare sau invers, ci este mult mai important ca acestea să se regăsească în ofertă.

Ori, Consiliul constată că autoritatea contractantă a aplicat principiul tratamentului egal și a transmis aceeași solicitare de clarificare celor doi ofertanți și, de asemenea, a acceptat cele două răspunsuri, transmise în momente diferite ale evaluării, atât cu privire la propunerea tehnică, cât și cu privire la propunerea financiară.

În consecință, Consiliul consideră că nu există niciun motiv pentru care oferta ar fi trebuit respinsă, astfel că va respinge și această critică.

O altă critică din contestație vizează propunerea financiară a ofertantei SC ... SRL, respectiv faptul că ofertantul declarat câștigător și-a modificat propunerea financiară.

Astfel, Consiliul constată că în toate formularele F3 depuse în oferta SC ... SRL apare procentul de cheltuieli directe, precum și de profit de 5% pentru fiecare dintre aceste cheltuieli, cu excepția a două Formulare F3, aferente străzilor ... – semnalizare rutieră și Noua - sistem rutier, aceste cheltuieli fiind de 1% fiecare. Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a apreciat în mod corect situația și a solicitat clarificarea acestui aspect și „retransmiterea tuturor elementelor propunerii financiare corectate, implicit prețul total al ofertelor, prin refacerea calculelor aferente.”

Consiliul apreciază, însă, că autoritatea contractantă nu a mai procedat în conformitate cu legislația achizițiilor publice atunci când a considerat că modificarea propunerii financiare operată de ofertant reprezintă îndreptarea unei erori tehnice minore, întrucât o eroare tehnică minoră vizează doar modificarea propunerii tehnice, nu și a celei financiare.

În acest sens, se impune ca autoritatea contractantă să facă reevaluarea propunerii financiare a acestei oferte cu privire la îndreptarea unor erori aritmetice, potrivit art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, singurul caz în care este permisă modificarea propunerii financiare, fără modificarea propunerii tehnice.

Referitor la solicitarea de acces la documentele dosarului achiziției la sediul CNSC, Consiliul a permis accesul ofertantei contestatoare la toate documentele acestuia, mai puțin la părțile din propunerea tehnică sau financiară declarate confidențiale de SC ... SRL.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că SC ... SRL nu a dovedit caracterul confidențial al tuturor informațiilor declarate astfel, Consiliul o va respinge, ca nefondată, 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).

În același timp, contestatoarea SC ... SRL și-a declarat, la rândul său, confidențială părți din oferta tehnică și financiară, precum și din documentele de calificare, deși acestea din urmă nu se enumeră printre documentele care pot face obiectul confidențialității, prin urmare, atâta timp cât solicită protecție pentru oferta sa, nu poate justifica încălcarea aceleiași protecții pentru contracandidatul său, acest lucru echivalând cu susținerea inegalității în drepturi între ofertanți.

Din analiza conținutului declarațiilor depuse de cei doi ofertanți, Consiliul constată că acestea conțin informații similare, situație față de care autoritatea contractantă a respectat caracterul confidențial al acestora, cât și principiul tratamentului egal.

Consiliul mai reține, în acest sens, și considerentele din cauza C 927/19 din 07.09.2021, „Klaipėdos regiono atliekų 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).

Dimpotrivă, astfel cum s-a arătat în esență la punctul 121 din prezenta hotărâre în contextul obligațiilor care revin în această privință autorităților contractante, obligația de a furniza ofertantului respins informații suficiente pentru a-i garanta dreptul la o cale de atac eficientă trebuie să fie evaluată comparativ cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

130: În consecință, instanța națională competentă trebuie să verifice, ținând seama pe deplin atât de necesitatea de a proteja interesul public privind menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, cât și pe aceea de a proteja informațiile cu adevărat confidențiale și îndeosebi secretele comerciale ale participanților la procedura de cerere de ofertă, că autoritatea contractantă a considerat în mod întemeiat că informațiile pe care a refuzat să le comunice solicitantului erau confidențiale. În acest scop, instanța națională competentă trebuie să efectueze o examinare completă a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. De aceea, trebuie să poată dispune în mod necesar de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 53).

131: Presupunând că instanța menționată consideră de asemenea că informațiile în cauză au un caracter confidențial care se opune din acest motiv divulgării lor către concurenții operatorului în cauză, trebuie amintit că, astfel cum a statuat Curtea, deși 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, în anumite cazuri, poate fi necesar să nu comunice anumite informații părților în vederea conservării drepturilor fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 47).

132: Or, printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private și a comunicațiilor consacrat de articolul 7 din cartă, precum și dreptul la protecția secretelor comerciale care a fost recunoscut de Curte ca principiu general de drept al Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctele 48 și 49).

133: Așadar, având în vedere importanța protecției informațiilor confidențiale, evidențiată în special la punctele 131 și 132 din prezenta hotărâre, organismul responsabil cu soluționarea căii de atac în domeniul atribuirii unui contract de achiziții publice trebuie să poată decide, dacă este cazul, că anumite informații cuprinse în dosarul de care dispune nu trebuie să fie transmise părților și avocaților acestora (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctul 43)".

Prin urmare, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a asigurat aceeași protecție și contestatoarei, care nu se poate plânge de vreo încălcare a dreptului său în ceea ce privește accesul la oferta sa și, mai mult decât atât, ofertantul contestator a avut acces la dosarul achiziției publice, cu excepția ofertelor declarate confidențiale.

Consiliul va reține în soluționare faptul că în data de 04.01.2024, un reprezentant al contestatoarei a studiat la sediul CNSC dosarul achiziției și, astfel, a avut posibilitatea de a verifica modul în care autoritatea contractantă a derulat procesul de evaluare a ofertelor, prin urmare, de a formula apărări completate cu noi argumente prin concluzii scrise cu luarea în considerație a dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Contrar susținerilor contestatoarei, cu această ocazie a avut acces la jumătate dintre documentele ofertei tehnice a SC ... SRL.

Deși în răspunsul la clarificări vizând confidențialitatea ofertei sale, contestatoarea SC ... SRL a invocat Decizia nr. 6291/2018 a Curții de Apel București din care a citat următorul pasaj: „Prima instanță în mod corect și-a bazat decizia cu privire la neacordarea accesului la oferta tehnică nici chiar după finalizarea procedurii de atribuire, pe declarația de confidențialitate a contracandidatului, [...] Prin urmare, **legea nu pretinde autorității contractante și nici instanței să verifice ea însăși în ce măsură este justificată sau nu declarația de confidențialitate**. Soluția primei instanțe este conformă nu doar literei legii, dar și scopului acesteia” (sublinierea aparține SC ... SRL), contestatoarea susține că „orice ofertant își poate declara confidențială la modul general ca un pretext pentru a nu identifica punctual neregulile și neconformitățile ofertei sale”.

Trebuie precizat totuși, în legătură cu lipsa prezentării de argumente concrete în cadrul contestației, că o motivare susținută nu presupune limitarea la a invoca încălcarea dreptului, ci indicarea tuturor împrejurărilor care justifică o atare afirmație. Scopul obligației de motivare prin raportare la date concrete este acela de a arăta organismului administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru dezlegarea litigiului și, totodată, explicațiile pentru care drepturile reclamantului au fost lezate prin conduita presupus ilicită a pârâtului.

Obligația de a motiva contestația este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016), dar și de dreptul comun, respectiv de Codul de procedură civilă la art. 194, Cererea de chemare în judecată va cuprinde:[...] d) arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea.

Persoana care se consideră vătămată printr-un act al autorității contractante trebuie să îl atace în intervalul temporal legal de formulare a contestației, iar în cuprinsul acesteia trebuie să releve motivele pentru care dorește desființarea actelor presupus vătămătoare. Toate argumentele pe care se întemeiază calea de atac trebuie expuse de la început Consiliului, cu titlu de excepție admitându-se posibilitatea revizuirii contestației după data depunerii sale, însă nu mai târziu de expirarea termenului de contestare.

Cu alte cuvinte, contestația 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.

Totodată, contestatorul nu poate profita ulterior studiului documentelor aflate la dosarul cauzei pentru a veni, pe calea concluziilor scrise, cu prezentarea punctuală a criticilor sau prezentarea unor noi.

Formularea de noi critici prin intermediul concluziilor scrise nu este compatibilă cu jurisdicția administrativă a achizițiilor publice caracterizată prin celeritatea procedurii, Consiliul fiind obligat a se pronunța asupra contestațiilor formulate în termen de 20 de zile de la primirea dosarului achiziției publice.

Identificarea unanimității motivelor contestației trebuie realizată nu mai târziu de data limită de depunere a contestației, întrucât Consiliul nu este abilitat să acorde contestatorilor derogări de la termenul legal de contestare pentru a afla și a aduce noi motive în sprijinul contestației, în sens contrar calea de atac jurisdicțional-administrativă urmând a fi transformată într-un simplu mijloc de control al procedurii.

Motivarea sau modificarea/completarea motivării unei contestații nu poate avea loc prin intermediul concluziilor scrise, care trebuie să reprezinte doar o modalitate de sintetizare a probelor deja administrate cu referiri punctuale la motivele de fapt și de drept pe care se bazează apărările și pretențiile părților.

Relevante în acest sens sunt dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stabilesc că motive de contestare noi, nereguli nou invocate pe calea concluziilor scrise, sunt inadmisibile.

De asemenea, relevantă în cauză este și jurisprudența instanțelor europene, respectiv paragraful 79 al hotărârii pronunțată în Cauza T-70/05, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikias AE*, împotriva Agenției Europene pentru Siguranța Maritimă (EMSA) în cuprinsul căreia s-a reținut că: orice cerere de sesizare a instanței trebuie să indice obiectul litigiului și expunerea sumară a motivelor invocate. Această indicație trebuie să fie suficient de clară și de precisă pentru a permite părâtului să își pregătească apărarea, iar Tribunalului să își exercite controlul jurisdicțional, dacă este cazul, fără a se baza pe alte informații. În vederea garantării securității juridice și a bunei administrări a justiției, este necesar, pentru ca o acțiune să fie admisibilă, ca elementele esențiale de fapt și de drept pe care se întemeiază acțiunea să rezulte, cel puțin în mod sumar, dar coerent și comprehensibil, din chiar textul cererii introductive (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 18 septembrie 1996, *Asia Motor France și alții/Comisia*, T-387/94, Rec., p. II-961, punctele 106 și 107, Hotărârea Tribunalului din 11 ianuarie 2002, *Biret și Cie/Consiliul*, T-210/00, Rec., p. II-47, punctul 34, și Hotărârea Tribunalului din 14 decembrie 2005, *Honeywell/Comisia*, T-209/01, Rec., p. II-5527, punctele 55 și 56 și jurisprudența citată).

În acest sens, Consiliul reține și relevanța considerentelor exprimate de Curtea Constituțională în Decizia nr. 190 din 18 martie 2021, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 21 alin. (3) și ale art. 30 alin. (2) 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, conform căroră:

„31. Accesul la justiție nu este un drept absolut, putând fi limitat prin anumite condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție. Stabilirea unor condiționări pentru introducerea acțiunilor în justiție nu constituie, în sine, o încălcare a accesului liber la justiție, el presupunând accesul la mijloacele procedurale prin care se înfăptuiește justiția, fiind de competența exclusivă a legiuitorului să instituie regulile de desfășurare a procesului în fața instanțelor judecătorești, soluție ce rezultă din dispozițiile art. 126 alin. (2) din Constituție (Decizia Plenului Curții Constituționale nr. 1 din 8 februarie 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 69 din 16 martie 1994). Aceste condiționări nu pot fi însă acceptate dacă afectează dreptul fundamental în chiar substanța sa. Prin urmare, limitările aduse dreptului fundamental sunt admisibile doar în măsura în care vizează un scop legitim și există un raport de proporționalitate între mijloacele folosite de legiuitor și scopul urmărit de acesta (Decizia Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 356 din 27 aprilie 2005), legiuitorul fiind ținut să aducă anumite limitări orientându-se după principiul *est modus in rebus*, respectiv să fie preocupat ca exigențele instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu pună sub semnul întrebării însăși existența dreptului (Decizia Curții Constituționale nr. 39 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 217 din 12 martie 2004, și Decizia Curții Constituționale nr. 40 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 229 din 16 martie 2004).

32. Or, aplicând considerentele de principiu în privința stabilirii anumitor condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție, nu se poate reține că legiuitorul a afectat dreptul de acces liber la justiție prin faptul că a instituit interdicția formulării unor noi motive de contestare și/sau a formulării unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia, precum și a altor motive în plângerea formulată împotriva actelor autorității contractante în afară de cele cuprinse în contestația adresată Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

33. Cerința respectării unor termene pentru invocarea motivelor de contestație este una firească, ea asigurând celeritatea procedurii specifice în materia achizițiilor publice”.

În acest context, Consiliul reține că doar contestația este actul juridic ce învestește Consiliul și stabilește limitele de analiză în sarcina acestuia, astfel încât formularea de critici noi, prin intermediul concluziilor scrise, nu răspunde exigențelor procedurale. Se reține și faptul că nu se poate face abstracție de necesitatea respectării principiului disponibilității, ca o garanție procedurală, ce reprezintă o manifestare a dreptului la apărare recunoscut celui ce formează o contestație.

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL ..., va anula, în parte, raportul procedurii nr. 6949/14.12.2023, precum și actele subsecvente, toate cu privire la oferta depusă de SC ... SRL și va dispune reevaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele de mai sus, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL ..., anulează, în parte, raportul procedurii nr. 6949/14.12.2023, precum și actele subsecvente, toate cu privire la oferta depusă de SC ... SRL și dispune reevaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva acesteia se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 29 (douăzeci și ...) pagini.