

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr...., depusă de..., cu sediul în..... nr....., având CUI..., înregistrată la..., cu sediul procesual ales la... & PARTNERS..... nr....., privind procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Execuția lucrărilor de „Asfaltare străzi in...”, cod... Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), de..., cu sediul în..... nr....., în calitate de autoritate contractantă, *contestatoarea a solicitat:*

În prealabil:

I. Admiterea cererii de studiu a dosarului achiziției la Consiliu și invitarea sa la studiul dosarului de achiziție publică constituit la CNSC, în vederea completării contestației;

II. Repunerea sa în termenul legal pentru formularea și completarea contestației și, consecutiv, recunoașterea curgerii termenului legal de contestare de la data la care va avea acces efectiv la întregul dosar de achiziție publică, având în vedere refuzul vădit nelegal al autorității contractante de a permite accesul la documentele aferente ofertei declarate câștigătoare, deși normele exprese ale Legii nr.... infirmău orice pretins caracter confidențial;

III. În subsidiar cererii de repunere în termen, solicită cenzurarea refuzului autorității contractante de a permite accesul integral și neîngrădit la toate documentele dosarului de achiziție publică, în special la documentele aferente ofertei..., obligarea autorității la furnizarea integrală a documentelor acestei oferte și recunoașterea dreptului de a formula contestație în termenul legal care va curge de la data obținerii accesului la dosarul achiziției publice.

Pe fond:

I. anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, a raportului procedurii nr...., precum și a tuturor actelor anterioare/subsecvente în ceea ce privește evaluarea ofertei depuse de către... și, pe cale de consecință: obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei anterior menționate, cu consecința reținerii

caracterului inadmisibil al acesteia; continuarea procedurii cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a considerentelor pe care Consiliul le va reține în motivarea deciziei de admitere a contestației;

II. În temeiul art. 26 alin. (9) Legea nr. 101/2016 obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată angajate de soluționarea contestației.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care... critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta....

În prima parte a contestației, societatea formulează critici împotriva modului în care s-a asigurat accesul la studierea dosarului achiziției, apreciind că, în mod nelegal, i s-a refuzat accesul la oferta... care nu a dovedit caracterul confidențial al întregii propuneri tehnice și financiare.

În continuarea, petenta susține caracterul inadmisibil al ofertei....

În urma studiului documentelor limitativ puse la dispoziție de către autoritatea contractantă, respectiv exclusiv a proceselor verbale de evaluare a ofertelor, contestatoarea afirmă că a identificat o serie de neconformități majore ale propunerii financiare a ofertei câștigătoare, pornind de la subdimensionarea extremă, nesustenabilă a capitolului de cheltuieli indirecte din cadrul propunerii financiare, capitol bugetat cu doar...% din valoare ofertei, la o valoare de până la 20 de ori mai mică față de ofertele concurente.

Astfel, va arăta că:

(59.1) Insuficienta bugetare a cheltuielilor indirecte (...%) în cadrul propunerii financiare, impune respingerea ofertei în temeiul art. 137 alin. (3) lit. c) și d), întrucât propunerea financiară prezintă un preț care nu poate fi justificat pentru capitolul de cheltuieli indirecte, un preț care nu este rezultatul liberei concurențe și care, în mod obiectiv, încalcă legislația incidentă;

(59.2) Insuficienta bugetare a cheltuielilor indirecte (...%) în cadrul propunerii financiare, impune respingerea ofertei și în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d), întrucât propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce și la o executarea defectuoasă a contractului.

Legiuitorul român a adoptat în mod oficial reglementări tehnice și legale apte pentru a clarifica conținutul devizelor întocmite în cadrul ofertelor pentru lucrările de construcții, sens în care, prin Ordinul nr. 1568/... a fost adoptat „Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de

categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice", indicativ P....

Anexa nr. 6 din Ghidul anterior menționat *reglementează fără echivoc structura și conținutul cheltuielilor indirecte*, legiuitorul detaliind pe larg fiecare categorie de cheltuieli pe subcategorii și cheltuieli efective.

Astfel, aplicat în prezenta procedură, ... are obligația asigurării cel puțin a următoarelor costuri din cheltuielile indirecte:

- I.12.i) *Retribuția personalului de specialitate propus;*
- I.12.ii) *Contravaloarea serviciului de pază;*
- I.12.iii) *Cheltuielile cu protecția muncii, pentru tot personalul productiv și neproductiv, conform centralizatoarelor din ofertă;*
- I.12.iv) *Cheltuielile în legătură cu predarea lucrărilor;*
- I.12.v) *Cheltuielile cu transportul muncitorilor, pentru tot personalul, timp de 12 luni;*
- I.12.vi) *Cheltuielile aferente remedierilor și refacerilor;*
- I.12.vii) *Cheltuielile privind asigurarea lucrărilor.*

Pentru evitarea oricărui dubiu în ceea ce privește conținutul acestor cheltuieli, subliniază că toate componentele anterior indicate sunt obiectiv indispensabile contractului, iar și în jurisprudență, în mod tranșant și constant s-a confirmat această încadrare a cheltuielilor.

Exemplificativ, redă considerentele reținute de Consiliu în Decizia 1591/C5/..., 1385/....

În același sens, prin Decizia 3544/C8/4204/... din..., Consiliul a arătat în mod expres că libertatea operatorului economic de a își configura structura costurilor indirecte nu poate conduce la excluderea unor costuri esențiale sau la declararea unor valori pur formale, în mod evident insuficiente.

Corelativ structurii tehnice și legale a cheltuielilor indirecte, subliniază că documentația de atribuire nu permite omiterea unor costuri necesare executării lucrărilor, ci fișa de date preciza în mod expres că „*ofertantul va include, în cadrul propunerii financiare, toate și orice costuri legate de: - execuția tuturor lucrărilor....*”.

Totodată, fișa de date nu lasă loc de interpretări, și statuează expres că „*la elaborarea propunerii financiare, ofertantul va lua în calcul.... toate cheltuielile pe care le implică îndeplinirea obligațiilor contractuale, precum și marja de profit.*”

Corelativ, în ceea ce privește obligațiile comisiei de evaluare și standardul de evaluare al propunerilor financiare, începe prin a sublinia că autoritatea contractantă este cea care trebuie să se asigure de sustenabilitatea unei oferte, sub toate componentele sale.

Mergând mai departe, comisia poate reține admisibilitatea unei oferte în urma evaluării propunerii financiare, exclusiv în cazul în care oferta a trecut prin filtrul motivelor de neconformitate și inacceptabilitate, iar oferta nu este viciată.

Raportat la prevederile legale exprese, este aşadar fără echivoc că în procedurile de atribuire nu se operează cu o prezumţie de conformitate a propunerii financiare, ci aceasta trebuie demonstrată, comisia având un rol activ, central, responsabil în menţinerea oricărei oferte ca admisibilă.

Elocventă în acest sens este Decizia nr. 540/2024 pronunţată de..., în cadrul căreia s-a subliniat importanţa verificării cuprinderii costurilor cu personalul de specialitate propus în conţinutul cheltuielilor indirecte şi neconformitatea ofertei din această perspectivă.

Raportat la obligaţia autorităţii contractante de a evalua în mod efectiv oferta ... sub aspectul sustenabilităţii propunerii financiare, doar şi diferenţa majoră a cuantumului cheltuielilor indirecte, autoritatea avea un indiciu mai mult decât evident care reflecta vădita insuficienţă a costurilor. Astfel, în continuare va arăta că menţinerea ofertei ... ca şi admisibilă este exclusiv rodul unei evaluări superficiale şi nelegale.

Reţinând toate aspectele anterior menţionate, relevante ca premise de analiză a contestaţiei, învederează Consiliului că ambele critici invocate au ca şi sursă subdimensionarea cheltuielilor indirecte în cadrul ofertei ... la un nivel vădit nesustenabil, de doar...% din valoare ofertei, respectiv... (adică aproximativ...../lună), nivel care nu asigură nici execuţia legală şi conformă a contractului şi nici corelarea cu propunerea tehnică.

Această deficienţă majoră, atrage 2 motive de neconformitate distincte dar complementare, respectiv:

(c.d.4.78.82.1) Insuficienta bugetare a cheltuielilor indirecte (...%) în cadrul propunerii financiare, impune respingerea ofertei în temeiul art. 137 alin. (3) lit. c) şi d), întrucât propunerea financiară prezintă un preţ care nu poate fi justificat pentru capitolul de cheltuieli indirecte, un preţ care nu este rezultatul liberei concurenţe şi care, în mod obiectiv, încalcă legislaţia incidentă;

(c.d.4.78.82.2) Insuficienta bugetare a cheltuielilor indirecte (...%) în cadrul propunerii financiare, impune respingerea ofertei şi în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d), întrucât propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce şi la o executarea defectuoasă a contractului.

Mai întâi, subliniază că nu susţine existenţa, în abstract, a unui procent minim legal al cheltuielilor indirecte. Critica sa este bazată pe o analiză obiectivă: în datele concrete ale procedurii, cota de...% alocată cheltuielilor indirecte, reprezentând suma totală de..., respectiv.../lună, este obiectiv, matematic şi juridic insuficientă pentru acoperirea costurilor indirecte minimale şi inevitabile ale executării contractului.

Astfel, demonstraţia porneşte chiar de la datele înscrise de ofertantul declarat câştigător în propria ofertă. Din formularul C7 - lista consumuri cu mâna de lucru rezultă că... a utilizat un tarif de.../oră.

Raportat la un program lunar de... ore, costul minim lunar aferent unui singur post cu normă întreagă este de.../lună.

Rezultă astfel, printr-un calcul elementar, că întregul buget lunar al cheltuielilor indirecte nu acoperă nici măcar costul minim aferent unui singur specialist. Deficitul lunar este de.../lună/ specialist.

Caracterul nesustenabil al acestui capitol devine și mai evident în raport cu resursele tehnice asumate de ofertantul declarat câștigător. Din procesul-verbal de evaluare a propunerii tehnice rezultă că... a nominalizat expres următorii specialiști:

- ✓ 1 manager de proiect;
- ✓ 1 șef de șantier;
- ✓ 1 responsabil cu asigurarea calității;
- ✓ 1 responsabil RTE;
- ✓ 1 specialist mediu;
- ✓ 1 responsabil SSM.

Așadar, ofertantul nu a propus un aparat minimal ori simbolic de execuție, ci o structură tehnică pluridisciplinară, cu personal de specialitate distinct. Or, dacă suma alocată cheltuielilor indirecte nu acoperă nici măcar un singur specialist, este cu atât mai evident că ea nu poate susține un nucleu de șase specialiști nominalizați expres.

În plus, din aceeași logică a executării reale a contractului, se impune a observa că este necesară cel puțin asigurarea pazei/securizării șantierului. Într-un contract de lucrări desfășurat pe durata a 12 luni, cu organizare de șantier, materiale, utilaje, personal și obligații de protecție a executării, costul aferent pazei ori controlului accesului nu poate fi, în mod serios, prezumat a fi zero.

Distinct de aceasta, obligația de pază a șantierului reprezintă o obligație legală, indispensabilă asigurării siguranței șantierului, normele de aplicare ale Legii nr.... privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor (aprobate prin HG 301/2012), fiind neechivoce.

La toate acestea se adaugă celelalte componente ale cheltuielilor indirecte, deja identificate în contestație ca fiind aplicabile acestui contract, respectiv:

- ✓ costurile cu protecția muncii;
- ✓ costurile privind mediul;
- ✓ costurile aferente cerințelor sociale și PSI;
- ✓ costurile de amenajare și întreținere a șantierului;
- ✓ costurile aferente predării lucrărilor;
- ✓ costurile pentru remedieri și refaceri;
- ✓ costurile corelate asigurării lucrărilor și obligațiilor de garanție;
- ✓ costurile administrative și de coordonare inerente executării.

Niciuna dintre aceste componente nu poate fi tratată ca fiind pur teoretică sau inaplicabilă, ci sunt indispensabile executării

contractului, iar sancțiunile pentru încălcarea cerințelor aferente pot avea valențe inclusiv de natură penală.

Or, dacă întregul buget lunar al cheltuielilor indirecte este deja depășit integral de costul minim al unui singur specialist, este evident că oferta nu conține o bugetare reală, ci una pur formală, care exclude ori simbolizează costuri esențiale ale executării.

În egală măsură, având în vedere că, în concret, cheltuielile indirecte nu pot susține nici măcar salariul minim legal al unui singur specialist din cei șase expres propuși, fără a include și restul specialiștilor necesari, dar nenominalizați (precum inginer topograf, etc), respectiv restul costurilor obligatorii, devin incidente și dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 privind propunerea financiară care constituie o abatere de la legislația incidentă.

Al doilea palier de neconformitate privește corelarea internă a ofertei, respectiv raportul dintre ceea ce ofertantul declarat câștigător a asumat la nivel tehnic și ceea ce a bugetat la nivel financiar.

Din procesele-verbale de evaluare rezultă că oferta... a fost analizată inclusiv prin prisma personalului de specialitate și a resurselor necesare executării, fiind reținuți specialiști precum: manager de proiect, șef de șantier, responsabil cu asigurarea calității, responsabil RTE, specialist mediu, responsabil SSM.

Or, potrivit art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, propunerea financiară trebuie să fie corelată cu elementele propunerii tehnice, pentru a evita executarea defectuoasă a contractului.

În speță, această corelare lipsește în mod vădit. Un buget lunar total de... pentru toate cheltuielile indirecte nu poate susține în mod real plata și menținerea resurselor de coordonare și specialitate pe care oferta le presupune la nivel tehnic.

Cu alte cuvinte, între ceea ce oferta declară la nivel tehnic și ceea ce bugetează la nivel financiar există o ruptură necorelare structurală gravă:

- > fie personalul de specialitate este doar declarativ, fără acoperire financiară reală;

- > fie costurile reale aferente acestor specialiști nu se regăsesc transparent în propunerea financiară;

- > fie ofertantul mizează pe o redistribuire ulterioară a costurilor între capitole, ipoteză inadmisibilă.

Oricare dintre posibilele necorelări fiind o dovadă clară a incidenței prevederilor art. 133 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016.

În consecință, insuficienta bugetare a cheltuielilor indirecte nu relevă doar un preț nejustificabil pentru acest capitol, ci și o necorelare structurală între propunerea financiară și propunerea tehnică, de natură să conducă la executarea defectuoasă a contractului.

Pentru toate aceste motive, solicită admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată.

Prin punctul de vedere nr...., înregistrat la Consiliu sub nr..... solicită respingerea contestației ca nefondată, menționând că, prin comisia de evaluare, a respectat în totul prevederile legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice și prevederile documentației de atribuire, pe tot parcursul evaluării ofertelor.

Singura potențială „critică” în ceea ce privește declararea ofertantului câștigător... se referă la procentul de cheltuieli indirecte practicate de către acesta, într-un procent de...%, în condițiile în care contestatoarea practică un procent de 2%.

Apreciază că practicarea unor cote ridicate de cheltuieli indirecte nu înseamnă neapărat și nu are un impact direct asupra calității lucrării. Nu există o legătură de proporționalitate sub acest aspect. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă consideră că este prioritară utilizarea eficientă a fondurilor publice, în contextul în care acest procent de cheltuieli indirecte nu influențează calitatea și buna desfășurare a lucrărilor.

În etapa de evaluare a propunerilor financiare nu au fost identificate elemente referitoare la un prag neobișnuit de scăzut în ceea ce privește structura propunerii financiare și raportat strict la prevederile documentației de atribuire.

După cum însăși contestatoarea menționează, aceasta urmărește să își însușească, prin contestație, prerogativele de a „verifica legalitatea modului de evaluare și de a exercita în mod efectiv calea de atac recunoscută de Legea nr. 101/2016”. Cu alte cuvinte, acestui ofertant nedeclarat câștigător îi revine „sarcina”, de altfel neargumentată și nesustenabilă, de a verifica/controla documentele ofertantului câștigător, cu scopul intenționat de a bloc... procedura și, de altfel, după cum însăși recunoaște, de a găsi „neconformități” în scopul vădit de a contesta procedura.

Achiziția arată că, în realitate, nu există o practică unitară, statuată corect și obiectiv, în ceea ce privește declarația de confidențialitate, probele pe care ar trebui să le depună în mod obligatoriu fiecare ofertant și nu există o prevedere legală expresă care să indice și să exonereze autoritatea de eventualele plăți sub formă de prejudicii pe care ar urma să le achite în instanță, în condițiile în care ar intra sub incidența furnizării de astfel de informații care intră sau pot intra în sfera secretelor comerciale.

Mai mult decât atât, devine o practică periculoasă și intenționat utilizată în scopul blocării proiectelor de investiții această verificare a ofertelor declarate câștigătoare de către alți ofertanți, în condițiile în care contractele de finanțare au termene relativ scurte de implementare, cu risc de pierdere/anulare a finanțării nerambursabile, care, la rândul lor, au ca și consecință neîndeplinirea, la nivel național, a obligațiilor asumate în fața..., pe care acești contestatori o utilizează.

Ca practică unitară, autoritatea contractantă afirmă că nu a acordat acces la nicio propunere tehnică și/sau financiară pentru care ofertanții din cadrul procedurii au depus o declarație de confidențialitate, cu toate că au existat solicitări în acest sens din partea mai multor ofertanți.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise, pe suport electronic, prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr.....

Contestatoarea a studiat dosarul cauzei în data de.... Nu au fost depuse concluzii scrise în urma studierii dosarului.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Execuția lucrărilor de „Asfaltare străzi in...”, cod... *Lucrări de construcții de drumuri* (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr...., data limită de depunere a ofertelor fiind..., ora.... Valoarea estimată a contractului de lucrări este..., fără TVA.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire... a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de..., conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr...., eliberată de..., la data de....

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul se va pronunța preliminar asupra criticilor vizând modul în care s-a asigurat accesul la dosarul achiziției de către autoritatea contractantă și la dosarul cauzei de către Consiliu.

Astfel, potrivit informațiilor puse la dispoziție de ambele părți, achizitoarea a asigurat accesul la procesele-verbale de evaluare și raportul procedurii.

..., dosarul a fost studiat de contestatoare prin reprezentantul său, în data de..., fiind puse la dispoziție declarațiile de confidențialitate ale ofertelor, procesele-verbale de evaluare, raportul procedurii, comunicările privind rezultatul procedurii, rapoartele experților, documentele de calificare depuse de ofertanți și documentele suport DUAЕ. Nu s-a asigurat accesul la propunerile tehnice și financiare ale competitorilor.

Din analiza declarațiilor de confidențialitate rezultă că... a declarat confidențiale propunerea tehnică, propunerea financiară, documentele de calificare, răspunsurile la eventualele solicitări de clarificări.

Câștigătoarea procedurii... a declarat confidențiale propunerea tehnică integral și propunerea financiară listele de cantități cu tarife, consumuri, ore de funcționare, transporturi.

În modul de asigurare a accesului la dosarul cauzei, Consiliul a avut în vedere că principiul tratamentului egal presupune și aplicarea aceluiași

tratament tuturor ofertanților, or, în măsura în care asocierea contestatoarea a pretins respectarea confidențialității ofertei sale, nu există niciun motiv pentru care ofertantele contracandidate să nu beneficieze de același tratament. De altfel, din parcurgerea declarațiilor de confidențialitate se poate observa că dispozițiile legale invocate de ambele ofertante sunt similare, având la baza necesitatea protejării informațiilor de proprietate intelectuală și secret comercial.

De asemenea, Consiliul a luat în considerare jurisprudența europeană, cauza C-54/21..., potrivit căreia Curtea a stabilit că legislația națională nu poate impune ca ofertele depuse de operatorii economici să fie publicate integral, *sens în care* face vorbire de transmiterea informațiilor într-o formă rezumată, așadar, acele informații vor fi comunicate, ori acestea au fost deja comunicate, procesele-verbale de evaluare elaborate de membrii comisiei de evaluare fiind puse la dispoziția ofertantei. Și cauza C-9... /..., Curtea a stabilit că "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".

Potrivit jurisprudenței CJUE (... din 14 februarie..., cauza C-.../06... c. Etat belge, în prezenta... & Co), în etapa căilor de atac, obligația de respectare a confidențialității informațiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac - CNSC, acesta din urmă fiind obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici.

Jurisprudența a demonstrat că, atât timp cât organismul responsabil cu soluționarea căii de atac dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, acesta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire, astfel încât să fie asigurată menținerea concurenței loiale, aceasta cu atât mai mult cu cât calea de atac este formulată împotriva actului autorității contractante, ofertantul, ale cărui informații sunt în pericol a fi dezvăluite, fiind un terț față de litigiul respectiv.

Consiliul constată a fi nefondate criticile privind nelegalitatea acordării accesului la documentele declarate confidențiale de către contracandidatele contestatoarei, 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...) 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 C450/06 Varec împotriva État belge).

Modul de a proceda al Consiliului este în acord cu principiul tratamentului egal și se circumscrie celor reținute la pct. 55 din... de Justiție a... din 14 februarie..., cauza C-.../06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE, a cărei acțiune principală a avut ca obiect dreptul la protecția informațiilor confidențiale, prin care Curtea a reținut că: (...) 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 la 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.

Într-o atare situație, Consiliul constată neîntemeiate criticile contestatoarei vizavi de punerea la dispoziție a informațiilor din propunerea tehnică și financiară, motivate de pretinsa nedovedire a caracterului confidențial de către competitori, constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitările formulate de ofertante privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale, conform celor menționate anterior în considerentele expuse, dat fiind dispozițiile legiuitorului, care a prevăzut la art.... alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „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”. Un astfel de acord din partea contestatoarei nu a fost pus la dispoziție.

Cum s-a arătat anterior, au fost puse la dispoziție atât de către autoritate, cât și de către Consiliu procesele-verbale de evaluare a ofertelor integral, rapoartele experților, raportul procedurii, comunicările privind rezultatul procedurii, nefiind asigurat accesul la propunerile tehnice și financiare. De altfel, se poate constata din lecturarea contestației și a concluziilor scrise că societatea contestatoare a avut la dispoziție informații suficiente legate de modul de evaluare a ofertelor câștigătoare, astfel că nu se poate susține că i s-ar fi îngăduit accesul la formularea unei motivări corespunzătoare.

Trecând mai de parte la soluționarea criticilor aduse modului de evaluare a propunerii financiare a..., se constată că ceea ce

reclamă societatea contestatoare este insuficienta bugetare a cheltuielilor indirecte în cadrul propunerii financiare.

Față de cele reclamate, în primul rând, trebuie amintit că prețul ofertat de câștigătoare este..., fără TVA, și reprezintă...% din valoarea estimată, neîncadrându-se în categoria unui preț neobișnuit de scăzut, astfel cum este definit la art. 136 alin. (4) din normele metodologice aprobate prin... nr.....

În al doilea rând, simplul preț neobișnuit de scăzut al unei oferte este o condiție obligatorie, *însă nu și suficientă*, legiuitorul impunând pe lângă aceasta și condiția ca ofertanta să nu poată asigura executarea corespunzătoare a contractului licitat, condiție a cărei îndeplinire trebuie probată de cel care o invocă.

Art. 210 din Legea nr. 98/2016 urmărește să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea autorităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor publice pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează).

În soluționare, Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare, trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, nefiindu-le permis să propună prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate, iar autoritățile contractante au obligația de a verifica dacă ofertele primite țin cont de toate actele normative incidente. Oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertantă în scopul realizării obiectului contractului, iar prețul nu este un element pur formal, realitatea și sustenabilitatea lui trebuie să fie verificate de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante.

Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete de formare a prețului însoțite de documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză și care să permită, în final, verificarea corectitudinii prețului ofertat.

În cauză, petenta apreciază că ofertarea unui procent de cheltuieli indirecte de...% reprezintă o încălcare a obligației exprese din documentația de atribuire referitoare la includerea în cadrul propunerii financiare a tuturor costurilor legate de execuția lucrărilor, invocând în susținere anexa 6 din Ghidul pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, indicativ P91/1-02.

Sunt relevante în soluționare din ghidul amintit următoarele prevederi:

.... Prezentul ghid reglementează modul de întocmire a devizelor pe categorii de lucrări și pe obiecte pentru lucrări noi de construcții și de

montaj, precum și pentru lucrări de intervenții la construcții și instalații aferente, care se execută de către unitățile specializate de construcții (societăți comerciale cu capital de stat sau privat) pentru investiții realizate din fonduri publice.

.... Ghidul poate fi utilizat atât la estimarea prețului lucrărilor de către investitor/beneficiar, la contractarea lucrărilor de către unitățile de execuție cât și la verificarea acestui preț de către organele de control financiar.

[...]

....3. Cheltuielile indirecte la nivelul unui deviz pe categorii de lucrări se determină prin aplicarea unei cote aferente acestora la valoarea TOTAL -.... Această cotă se stabilește de către fiecare unitate de execuție pe baza propriilor analize.

De asemenea, relevante sunt și prevederile Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr...., potrivit cărora:

.... Gruparea cheltuielilor în vederea calculării costurilor

Pentru calculul costurilor bunurilor, lucrărilor, serviciilor și al costurilor perioadei, cheltuielile înregistrate în contabilitatea financiară după natura lor se grupează în contabilitatea de gestiune astfel:

- a) cheltuieli directe;
- b) cheltuieli indirecte;
- c) cheltuieli de desfacere;
- d) cheltuieli generale de administrație.

(...)

Cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei.

Cheltuielile indirecte cuprind:

- regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrarea secțiilor;
- regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă.

În contextul celor reclamate de contestatoare este demn de amintit decizia Consiliului nr.... din....., între altele:

Fiind explicit prevăzută respectarea de către ofertanți a prevederilor HG nr. 907/2016, inclusiv a Anexei nr. 6, în cuprinsul căreia sunt detaliate cheltuielile din devizul general, inclusiv cele cu organizarea de șantier care cuprind și serviciile de pază, se impunea ca asocierea ofertantă să întocmească oferta în consecință.

Câtă vreme nu a solicitat clarificări și nici nu a depus contestație împotriva documentației de atribuire, era de presupus că ofertanta va

depune oferta cu respectarea tuturor cerințelor documentației de atribuire.

Pe de altă parte, este de reținut că, în referire la faptul că această categorie de cheltuieli în discuție, cu serviciile de pază, nu poate fi cuprinsă în categoria cheltuielilor indirecte, Consiliul s-a pronunțat și prin decizia nr. 1636/C1/..., 1469/..., reținută și de achiziție prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, decizie menținută de... (dosar nr.... și 608/22/2020): "Consiliul apreciază că în raport de dispozițiile Ordinului nr....., cheltuielile aferente serviciilor de pază a șantierului aferent prezentei lucrări reprezentând cheltuieli care se identifică în mod clar pentru lucrarea care formează obiectul prezentului contract, astfel încât trebuie incluse în totalitate în cheltuielile directe.

Consiliul nu poate reține susținerile intervenientului referitoare la faptul că restul sumelor aferente serviciilor de pază a șantierului s-ar regăsi în cheltuielile indirecte, deoarece cheltuielile în discuție „pot fi identificate și atribuite direct pe un anumit obiect de calculație” - prezenta lucrare, nereprezentând cheltuieli „...”.

Așadar, relevantă era încadrarea respectivelor cheltuieli, neputând fi îmbrățișată interpretarea adusă de societatea contestatoare potrivit căreia toate cheltuielile cu personalul și cu paza șantierului se încadrau în categoria cheltuielilor indirecte, câtă vreme acele cheltuieli care privesc lucrarea care formează obiectul contractului trebuie încadrate în categoria cheltuielilor directe.

Dincolo de această distincție, relevant este faptul că raționamentul car a stat la baza motivării contestației este că procentul de...% pentru cheltuieli indirecte este foarte mic, însă, pe de o parte, cum s-a arătat mai sus, suntem în prezența unui preț care nu reprezintă un preț neobișnuit de scăzut și asupra căruia nu există suspiciunea că nu ar permite derularea în mod corespunzător a contractului.

Nu a fost făcută în cauză vreo dovadă că procentul de cheltuieli indirecte stabilit ar avea vreo înrâurire asupra executării contractului și, în plus, pledoaria petentei este bazată pe presupuneri și suspiciuni vizavi de cheltuielile de la nivelul societății concurente, fără ca cele reclamate să determine concluzia tezei înaintată de această potrivit căreia ar fi insuficientă bugetarea cheltuielilor indirecte.

Mai mult decât atât, câtă vreme în cauză nici cel puțin nu se poate porni de la premisa ofertării unui preț scăzut, înlăturarea ofertei pe motiv că anumite cheltuieli proprii societății sunt foarte scăzute ar fi o măsură disproporționată în raport cu necesitatea utilizării eficiente a fondurilor publice.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază a fi neîntemeiate criticile contestatoarei, în sensul în care autoritatea contractantă ar fi trebuit să respingă oferta..., urmând a fi respinsă, ca nefondată, contestația.

Fiind respinsă contestația, va fi respinsă cererea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor determinate de soluționarea contestației. De altfel, dovada respectivelor cheltuieli nu a fost depusă la dosarul cauzei.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de..., în contradictoriu cu....

Respinge cererea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor determinate de soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...
...

MEMBRU,

...
...

MEMBRU,

...
...