



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

DECIZIE

Nr. 1503/C11/1499

Data: 03.06.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27343/07.05.2024, formulată de, cu sediul în Sat, ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin administrator și convențional de ..., cu sediul procesual ales în, ..., adresă unde se solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii de atribuire și a actelor ce au stat la baza acestui rezultat, acte ce includ raportul procedurii nr. 5930L/22.04.2024, actele subsecvente acestuia (incluzând, dar fără a se limita la adresele de comunicare a rezultatului procedurii), respectiv procesele-verbale de evaluare ce au stat la baza rezultatului procedurii, întocmite de SA, cu sediul în ..., ..., punct de lucru în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: „Reabilitarea, consolidarea, modernizarea și dotarea Bazinului de Natație Olimpia, Municipiul, ..., s-a solicitat admiterea contestației cu:

1. constatarea refuzului nelegal al autorității contractante de a-i comunica oferta depusă de asocieria - SRL - SRL - SRL (cu clarificările oferite pe perioada de evaluare a ofertelor) și constatarea netemeinicii și nelegalității aprecierii acesteia ca și confidențială;
2. reanalizarea de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a caracterului confidențial al documentelor ce țin de oferta depusă de asocieria - SRL - SRL - SRL, cu acordarea accesului său la documentele cuprinse în oferta asocierii în condițiile prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016;
3. anularea raportului procedurii nr. 5930L/22.04.2024;

4. anularea actelor emise de autoritatea contractantă prin care oferta asocierii - SRL - SRL - SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare;

5. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de asocieria - SRL - SRL - SRL potrivit prevederilor legale incidente și considerentelor deciziei ce urmează a fi pronunțată de Consiliu în prezenta cauză.

Prin adresa din data de, înregistrată la CNSC sub nr./20.05.2024, ... SRL, cu sediul în Sat, ..., C1- Clădire administrativă, ..., județul, și punctul de lucru în, ..., adresă unde se solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin Administrator ..., în calitate de lider al asocierii SRL - SRL - SRL -, formulează cerere de intervenție voluntară, solicitând încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, pe fondul cauzei, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată, menținerea tuturor actelor autorității contractante care au fost atacate prin contestația, admiterea cererii de intervenție și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată efectuate în prezenta cauză.

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

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 solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Precizează că, ulterior, în cadrul reevaluării ofertelor efectuate de autoritatea contractantă ca urmare a deciziei CNSC nr. 473/C11/313/26.02.2024, rămasă definitivă prin Hotărârea Curții de Apel nr. 209/27.03.2024 pronunțată în dosarul nr. 1626/2/2024 (neredactată până la data formulării contestației), prin cel de-al doilea raport al procedurii nr. 5930L/22.04.2024, oferta depusă de asocieria - SRL - SRL - SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare, iar oferta asocierii - SRL s-a clasat pe locul II.

Urmare a primirii comunicării privind rezultatul procedurii, a solicitat achizitoarei acordarea accesului la dosarul achiziției potrivit art. 217 alin.

(6) din Legea nr. 98/2016, inclusiv la oferta depusă de asocieria
- SRL - SRL - SRL, cu clarificările aduse pe parcursul
evaluării ofertelor, fiindu-i refuzat acest acces justificat de declarațiile de
confidențialitate.

Prezintă următoarele motive de fapt și de drept ale contestației:

I.1. Capetele de cerere ce țin de aprecierea greșită a caracterul
confidențial în integralitate a ofertei depuse de asocieria -
SRL - SRL - SRL:

Prevederile legale ce privesc confidențialitatea ofertelor sunt cele
cuprinse în art. 57 din Legea nr. 98/2016, informațiile confidențiale putând
privi doar datele cu caracter personal, secretele tehnice sau comerciale
sau informațiile protejate de un drept de proprietate intelectuală, cu
precizarea că potrivit art. 57 alin. (1) teza a II-a din Legea nr. 98/2016,
caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate
și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau
comerciale sau care sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

Invocând prevederile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 susține
că, în plus, oferta trebuie întocmită cu respectarea acestor prevederi,
conform art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, contestatoarea susține că, raportat la prevederile legale
anterior referite, ce transpun în legislația națională dispozițiile art. 21 din
Directiva 24/2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei
2004/18/CE, concluzia este aceea că:

- pot fi declarate confidențiale doar anumite informații cuprinse în
propunerea tehnică ori financiară, iar nicidecum oferta în integralitate;
- informațiile ce sunt susceptibile a fi protejate ca și confidențiale sunt
exclusiv cele cuprinse într-una din următoarele categorii: date cu caracter
personal, secrete tehnice sau comerciale sau informații care sunt protejate
de un drept de proprietate intelectuală;
- apartenența la una dintre categoriile anterior menționate trebuie probată
de către ofertant, dovezile de susținere a caracterului confidențial trebuind
a fi anexate declarației de confidențialitate;
- confidențialitate nu privește documentele suport DUAЕ, care probează
îndeplinirea de către ofertanți a cerințelor de calificare sau care fac dovada
inexistenței motivelor de excludere.

Or, în cazul de față, pe de o parte declarațiile de confidențialitate
prezentate de asocieria - SRL - SRL - SRL nu
privesc documentele suport DUAЕ, iar pe de altă parte din declarațiile de
confidențialitate anexate rezultă că:

- acestea privesc propunerea tehnică și propunerea financiară în
integralitate, ceea ce prevederile legale nu permit, potrivit celor deja
arătate;
- declarațiile de confidențialitate nu sunt însoțite de niciun fel de dovezi
care să ateste caracterul de secret comercial/tehnic, inclusiv în înțelesul
Legii nr. 11/1991 invocate în cuprinsul acestora, explicațiile de ordin
general date de ofertant nefăcând parte din sfera „dovezilor”.

Cu privire la cele anterior afirmate invocă Hotărâri ale CJUE, respectiv Hotărârea pronunțată în cauza C-927/19 Klaipedos regiono atlieky tvarkymo centras, precum și Hotărârea Curții pronunțată în cauza C-54/21, considerentele Curții privind inclusiv documente ce țin, în înțelesul legislației naționale, de documentele suport DUAЕ (privind în special experiența similară). În același sens este și îndrumarea ANAP privind confidențialitatea ofertelor.

Prin urmare, având în vedere:

- nedeclararea ca și confidențială a documentelor suport DUAЕ de către asocieria - SRL - SRL - SRL;
- nelegalitatea declarării ca și confidențială în integralitate a propunerii tehnice și a propunerii financiare;
- neprobarea de către asocieria - SRL - SRL - SRL a caracterului confidențial al propunerii tehnice și financiare, contrar prevederilor legale incidente, explicațiile ofertantului fiind unele cu un caracter general;
- regula ce caracterizează această materie și care are în vedere transparența, confidențialitatea rămânând doar excepția;
- principiul reținut și prin hotărârile CJUE (cauza C-450/06 Varec împotriva Statului Belgian), considerentul 52;
- dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia accesul ofertanților la informațiile din cuprinsul propunerilor tehnice sau financiare ale celorlalți ofertanți nu poate fi îngrădit decât în limita informațiilor din aceste propuneri care au fost declarate și probate ca fiind confidențiale.

Astfel, solicită Consiliului să constate nelegalitatea refuzului autorității contractante de a-i permite accesul la propunerea tehnică și financiară a asocierii - SRL - SRL - SRL, respectiv la documentele suport DUAЕ (desigur exceptând strict informațiile care ar fi fost declarate și probate a fi confidențiale), refuz susceptibil a face obiectul contestației conform art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, solicită ca în cadrul studiului dosarului achiziției publice în condițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016 să i se permită accesul la aceste documente, cu consecința evidentă a nașterii dreptului său de formulare a unei noi contestații complete (cu plata cauțiunii aferente] după ce va avea cunoștință de conținutul documentelor la care nu i-a fost acordat, în mod nelegal, accesul, și prin raportare la care trebuie analizată temeinicia și legalitatea actelor emise de autoritatea contractantă în evaluarea ofertei depuse de asocieria - SRL - SRL - SRL.

Apreciază că aceasta este o modalitate prin care s-ar putea asigura și respectarea prevederilor Directivei 89/665/CEE.

Independent de data la care ar începe să curgă termenul de formulare a unei contestații complete (condiționat de accesul la oferta concurentă), greșita reținere a caracterului confidențial al ofertei depuse de asocierea - SRL - SRL - SRL potrivit celor rezultate din pct. 2.4.8 din raportul procedurii, de natură a împiedica formularea contestației de către asocierea din care face parte, este un motiv în sine de anulare a raportului, în această materie nefiind aplicabilă în opinia sa instituția repunerii în termenul de formulare a motivelor contestației.

În acest context, are în vedere Hotărârea Curții pronunțată în cauza C-54/21.

În subsidiar, în ipoteza în care se apreciază că ar fi admisibilă repunerea în termenul de formulare completă a motivelor contestației, condiționată de accesul la oferta concurentă în condițiile și limitele reglementate de art. 19 din Legea nr. 101/2016, ... solicită reținerea cererii sale în acest sens, formulată în condițiile art. 186 C.proc.civ., coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016.

În plus față de cele arătate mai sus, solicitarea sa are în vedere prevederile art. 1 alin. (1) paragraful 4 și alin. (3) din Directiva 89/665/CEE.

În considerarea acestor prevederi și ale celor cuprinse în art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene privind dreptul la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil, CJUE a reținut prin numeroase hotărâri (cu titlu pur exemplificativ menționează Ordonanța din 14 februarie 2019, pronunțată în cauza C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco) că pentru garantarea dreptului anterior menționat trebuie ca persoana ce invocă o neregularitate în actele întocmite de o autoritate contractantă în cadrul unei proceduri de atribuire, aceasta trebuie să cunoască conținutul acestor acte prin care pretinde că s-au încălcat prevederile legale în materie de atribuire a contractelor și, că în plus, obligația de respectare și aplicare a legislației UE revine nu doar instanțelor de judecată, ci și tuturor celorlalte autorități statale.

Or, o primă măsură necesară pe care autoritatea contractantă avea obligația de a o dispune pentru respectarea dreptului ofertantului la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil era aceea de comunicare a documentelor solicitate (are în vedere oferta declarată câștigătoare, prin raportare la care se analizează legalitatea și temeinicia actelor emise de autoritate în evaluarea ofertei), măsura ce nu a fost dispusă, potrivit celor deja arătate, refuz nelegal care conduce în mod indiscutabil la încălcarea drepturilor fundamentale ale contestatoarei din prezenta cauză și ale Directivei 89/665/CEE din 21 decembrie 1989.

Contestatoarea a invocat Ordonanța din 14 februarie 2019, pronunțată în cauza C-54/18.

Asigurarea respectării prevederilor Directivei 89/665 și a prevederilor art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene impunea

comunicarea actelor solicitate, măsura impunându-se cu atât mai mult cu cât actele întocmite de autoritatea contractantă nu cuprind decât referiri la anumite pagini cuprinse în ofertele depuse (enumerarea paginilor) prin care autoritatea a apreciat că s-ar fi respectat cerințele documentației de atribuire, nefăcând astfel posibilă printr-o motivare adecvată a proceselor-verbale de evaluare prin raportare la context, formularea unei contestații complete doar prin accesarea conținutului acestor procese-verbale de evaluare.

I.2. Neconformitatea ofertei depuse de asocierea - SRL - SRL - SRL potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În plus față de motivul de anulare a raportului procedurii anterior invocat, contestatoarea apreciază că nelegalitatea și netemeinicia reținerii caracterului admisibil al ofertei declarate câștigătoare derivă și din cele expuse în continuare:

Sub un prim aspect, potrivit Formularului de propunerea tehnică cuprins în documentația de atribuire, ofertanții aveau obligația:

"de a prezenta o descriere a modului în care Antreprenorul va executa lucrările atât cele provizorii cât și cele permanente (pregătire, etapele principale de execuție în corelare cu obiectele principale, teste și probe, terminare, perioadă de garanție), se va prezenta și un plan de organizare de șantier pe lângă partea scrisă".

Or, potrivit celor rezultate din procesul-verbal nr. L 17624/17.10.2023 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare (inclusiv grilele de punctaj pentru ofertanții asocierea - SRL - SRL - SRL și asocierea - SRL), rezultă că în cazul asocierii - SRL - SRL - SRL, aceasta nu a prezentat un plan de organizare de șantier pe lângă partea scrisă, iar evaluarea acestei oferte nu s-a făcut cu rigurozitatea necesară verificării și îndeplinirii acestei cerințe impuse prin documentația de atribuire, sub sancțiunea neconformității ofertei comunicată prin prevederile pct. IV.4.1 din fișa de date.

Spre deosebire de această asociere, asocierea din care face parte a respectat cerința referită impusă prin documentația de atribuire, la pag. 2 din grila de evaluare a acestei oferte anexată procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice evocat, fiind menționat în mod explicit planul de organizare de șantier.

Or, din această primă perspectivă, oferta depusă de această asociere nu putea fi considerată conformă, ea trebuind a fi fost respinsă potrivit prevederilor legale invocate, raportate la cerințele documentației de atribuire.

Sub un al doilea aspect, documentația de atribuire a cuprins cerințe privind desfumarea, în acest sens fiind atât prevederile caietului de sarcini, cât și Scenariul de securitate la incendiu cuprins în documentația de atribuire.

Or, pentru această activitate ofertantul trebuie să dețină autorizația emisă conform Ordinului nr. 87/2010 privind aprobarea Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor, niciunul dintre membrii consorțiului (asociați ori subcontractanți) declarat câștigător nedeținând însă această autorizație, așa cum asocierea sa o deține prin subcontractantul Flexik Automation SRL.

În acest sens, atașază lista persoanelor autorizate în conformitate cu OMAI nr. 87/2010 pentru efectuarea lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți la data de 15 aprilie 2024.

Așadar, potrivit celor rezultate din lista anexată rezultă că niciunul dintre participanții la procedură din partea asocierii - SRL - SRL - SRL (asociați sau subcontractanți) nu sunt autorizați pentru efectuarea lucrărilor menționate, astfel încât nici din această perspectivă nu se poate reține că ofertantul declarat admisibil și câștigător a făcut dovada posibilității de realizare în mod legal a activităților ce fac obiectul contractului, în condițiile impuse prin documentația de atribuire, oferta impunându-se a fi fost respinsă ca neconformă și pentru acest motiv.

Pentru argumentele expuse, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În finalul contestației, solicită Consiliului ca în baza art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, să dispună obligarea autorității contractante la depunerea unei copii a dosarului de achiziție, incluzând procesele-verbale de evaluare a ofertelor, ofertele asocierii - SRL și ale asocierii - SRL - SRL - SRL, cu clarificările ulterioare, la care, conform art. 19 din Legea nr. 101/2016, solicită acordarea accesului la dosar.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

..... SA a transmis dosarul achiziției a fost comunicat cu adresa nr. 641/SJA/09.05.2024, înregistrat la Consiliu cu nr. 28665/2024.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, prin adresa nr. 29127/1499/C11/14.05.2024, a solicitat, să transmită punctul de vedere referitor la contestație, copia dosarului achiziției (integral), copiile ofertelor depuse de contestatoare și asocierea GEIGER PROECTE CONSTRUCȚII – SRL – SRL – SRL, precum și corespondența purtată cu acestea pe perioada de evaluare a ofertelor.

..... SA a răspuns prin adresa nr. 694/SJA/16.05.202, înregistrată la Consiliu cu nr. 30909/20.05.2024, completând dosarului achiziției.

..... SA, a transmis punctul de vedere prin adresa nr. 662/SJA/13.05.2024, înregistrat la Consiliu cu nr. 29209/13.05.2024, solicitând respingerea contestației formulată de, ca nefondată, pentru următoarele motive:

În preambul, prezintă modul de desfășurare a procedurii de atribuire cu mențiunea că în urma publicării rezultatului procedurii de atribuire din data de 25.01.2024, asocierea - SRL - SRL - SRL a depus contestație, iar Consiliul a admis contestația prin decizia nr. 473/C11/313/26.02.2024.

A formulat plângere împotriva deciziei CNSC nr. 473/C11/313/26.02.2024, însă Curtea de Apel a respins plângerea ca nefondată, prin Hotărârea nr. 209/2024, obligând-o să pună în aplicare decizia Consiliului.

Pentru punerea în aplicare a deciziei Consiliul, comisia de evaluare a procedat la întoarcerea în etapa de evaluare a propunerilor financiare. În urma finalizării fazei de evaluare a propunerilor financiare, toate cele 3 oferte au fost declarate admisibile.

În urma finalizării evaluării și a aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț”, oferta câștigătoare a fost declarată cea depusă de asocierea - SRL - SRL - SRL.

Ca urmare a transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii, ..., lider al asocierii - SRL, a formulat contestație.

Față de cele solicitate, în raport de motivele invocate, solicită respingerea contestației ca nefondată, pentru următoarele motive:

1. Alegațiile referitoare la aspectele privind confidențialitatea documentelor asocierii - SRL - SRL - SRL și acțiunile autorității contractante sunt nefondate deoarece:

a) a respectat prevederile normative aplicabile și a pus la dispoziția reprezentantului petentei documentele-suport DUAЕ ale ofertantului declarat câștigător (asocierea - SRL - SRL - SRL);

b) asocierea câștigătoare a dovedit confidențialitatea informațiilor indicate, astfel că și-a respectat obligația de nedivulgare.

Concret, asocierea - SRL - SRL - SRL a depus următoarele documente:

- Formular nr. 9 Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică care au caracter confidențial, însoțită de Anexa cuprinzând „motivele

pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea tehnică sunt confidențiale”;

- Formular nr. 10 Declarație privind partea/părțile din propunerea financiară care au caracter confidențial, însoțită de Anexa cuprinzând „*motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea financiară sunt confidențiale*”.

Contestatoarea a depus, la rândul său, declarații de confidențialitate, declarând ofertele tehnice și financiare, în integralitatea lor, precum și răspunsurile la solicitările de clarificare.

Referitor la solicitarea contestatoarei de repunere în termenul de contestare, susține că așa cum prevăd dispozițiile art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, motivarea în fapt și în drept reprezintă un element fundamental al contestației și trebuie prezentată în cuprinsul ei în interiorul termenului legal de contestare. Nicidecum motivarea contestației nu se poate realiza abia după ce contestatoarea consultă dosarul cauzei la Consiliu.

În referire la legislația și jurisprudența UE și națională, invocă:

a) Legislația UE și națională

i) Legislația UE: DIRECTIVA (UE) 2016/943 A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 8 iunie 2016 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale;

ii) Legislația națională:

- Ordonanța de urgență nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative;

- Legea nr. 11 din 29/1991 privind combaterea concurenței neloiale;

- Legea concurenței nr. 21/1996;

- Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public;

- Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe.

b) Jurisprudența UE și națională:

i) Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene: Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 14 februarie 2008, pronunțată în cauza Varec SA împotriva État belge, C-450/06;

ii) Jurisprudența națională: Decizia CNSC nr. 972/C2/939 din 16.04.2024.

2. Alegația referitoare la neofertarea conformă a organizării de șantier este nefondată, deoarece asocierea - SRL - SRL - SRL a prezentat planul de organizare de șantier pe lângă partea scrisă.

Astfel, până la data-limită de depunere a ofertelor, în cadrul documentelor aferente propunerii tehnice, această asociere a depus, printre altele, fișierul “.pdf” denumit electronic „1.PT_1-800-semnat” și intitulat “Propunere tehnică Formular”, în cadrul căruia se regăsesc următoarele informații:

- la pag. 1, pentru cerința:

"Se va prezenta o descriere a modului în care Antreprenorul va executa lucrările atât cele provizorii cât și cele permanente (pregătire, etapele principale de execuție în corelare cu obiectele principale, teste și probe, terminare, perioadă de garanție) - se va prezenta și un plan de organizare de șantier pe lângă partea scrisă.",

ofertantul precizează, pe coloana „Descriere”, printre altele, „Plan OS”;

- la pag. 348 este prezentată schița ce cuprinde și planul de organizare de șantier;

- la pag. 597-603 este prezentată Procedura de execuție pentru Organizarea de șantier.

Comisia de evaluare nu avea obligația de a completa grilele de evaluare tehnică în cel mai mic detaliu, cu menționarea amănunțită a fiecărui element din cadrul documentelor depuse de ofertanți.

Neprecizarea în mod expres a acestui detaliu în respectiva grilă nici nu îi este imputabilă și nici nu conduce la o concluzie diferită față de cea reținută referitor la conformitatea ofertei acestei asocieri.

În grila tehnică aferentă ofertei asocierii - SRL - SRL - SRL, comisia de evaluare a precizat concluzia corectă, „Cerința minimă îndeplinită”, iar paginile care privesc strict elementul dedus soluționării CNSC se regăsesc printre cele menționate de comisie: „La pag. [...] 336 -750 [...]”.

Rezultă așadar, că asocierea a prezentat planul de organizare de șantier pe lângă partea scrisă, iar alegația contestatoarei este nefondată și, în concluzie, se impune a fi respinsă.

3. Alegația referitoare la neprezentarea, în cadrul procesului de ofertare, a autorizării privind desfumarea este nefondată, deoarece nu a solicitat prezentarea acestei autorizații de către ofertanți.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a evalua ofertele pe baza unei cerințe care nu face parte din documentația de atribuire. Dacă ar fi procedat în acest mod, ar fi încălcat principiul transparenței prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. d) și ale art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, a uzat de larga sa putere de apreciere - recunoscută de legislația și de jurisprudența UE și națională - considerând că nu este necesar ca aceste obligații să figureze printre criteriile de calificare și nici printre cerințele caietului de sarcini ce urmează a fi îndeplinite de către ofertanți. A preferat să menționeze obligațiile respective în cadrul condițiilor de executare a contractului, impunând respectarea acestora doar contractantului (Antreprenorului).

Precizează că, în cadrul documentației de atribuire, se prevede, în mod expres, faptul că Antreprenorul, care este una dintre părțile contractului de achiziție publică, ofertantul câștigător, semnatar al contractului de lucrări, deci nu ofertantul, trebuie să respecte pe deplin

toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor și tot Antreprenorul trebuie să se asigure că orice contracte, subcontracte, instrucțiuni de utilizare, aprobări, etc. care urmează să fie încheiate sau emise în timpul perioadei de execuție și cea de notificare a defectelor, trebuie să fie în conformitate cu Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

Motivele invocate de contestatoare, care vizează pretinsul caracter inadmisibil al ofertei asocierii declarate câștigătoare se bazează pe ignorarea nepermisă a jurisprudenței obligatorii a Curții de Justiție a Uniunii Europene (denumită în continuare „CJUE”) conform căreia o ofertă nu poate fi respinsă pentru nerespectarea unor cerințe care nu au fost prevăzute în mod expres în cadrul documentației de atribuire.

Subliniază că, referitor la efectele juridice ale jurisprudenței CJUE, hotărârile pronunțate sunt opozabile erga omnes, nu doar inter partes litigantes, aplicându-se tuturor entităților vizate: statele membre ale Uniunii Europene, autoritățile și instituțiile acestora, entitățile de drept public și privat (indiferent dacă au sau nu personalitate juridică) și persoanele fizice, potrivit Hotărârii Curții de Justiție a Comunităților Europene din 15 iulie 1964, pronunțată în cauza Flaminio Costa împotriva E.N.E.L. (Ente nazionale energia elettrica, impresa già della Edison Volta), C- 6/64, care a instituit principiul supremației dreptului Uniunii Europene.

Deopotrivă, conform CNSC și Curții de Apel

”din moment ce autoritatea contractantă, în exercitarea dreptului de apreciere, nu a considerat necesar să includă astfel de cerințe de calificare, a venit în acest moment să includă o astfel de cerință, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantului în cauză, apare ca fiind nelegal, încălcându-se principiul proporționalității, al transparenței, dar și al încrederii legitime. Este real că în cadrul activităților din contract sunt și activități ce necesită autorizări de tipul celor enumerate, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unor dovezi de autorizare în acest sens, la momentul depunerii ofertelor, ci dimpotrivă, așa cum s-a arătat, în conținutul documentației de atribuire se referă la obligația antreprenorului, atunci nu există obligația depunerii de dovezi în acest moment, ci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor”.

Or, în prezenta cauză, simpla menționare de către contestatoare a dispozițiilor legale referitoare la desfumare, fără demonstrarea incidenței lor concrete în speță, nu reprezintă, în mod evident, un motiv de respingere a ofertei asocierii, ... nespecificând și nedemonstrând, conform legislației și documentației de atribuire, în ce ar consta efectiv presupusa nerespectare de către ofertantul declarat câștigător a cerințelor caietului de sarcini; dimpotrivă, autoritatea contractantă a prevăzut obligații exprese de acest tip doar pentru Antreprenor (contractant).

Rezultă așadar, că asocieria - SRL - SRL - SRL a depus oferta în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, și că și-a îndeplinit obligațiile de evaluare a ofertei potrivit cerințelor documentației de atribuire, alegația contestatorului fiind nefondată, în concluzie, se impune respingerea acestei critici, precum și respingerea, ca nefondată, a contestației depusă de

..... SRL, lider al asocierii SRL - SRL - SRL -, prin adresa din data de, înregistrată la CNSC

sub nr./20.05.2024, a formulat cerere de intervenție voluntară, solicitând încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, iar pe fondul cauzei, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată, menținerea tuturor actelor autorității contractante care au fost atacate prin contestația formulată, admiterea cererii de intervenție și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată efectuate în prezenta cauză.

Precizează că, raportul procedurii nr. 5930L/22.04.2024 a fost emis de autoritatea contractantă urmare a contestației pe care a formulat-o, obiect al dosarului nr. 313/C11/2024.

Prin decizia nr. 473/C11/313/26.02.2024, rămasă definitivă prin respingerea plângerii formulată de autoritatea contractantă, CNSC a reținut că:

- oferta asocierii SRL - SRL - SRL - a fost defavorizată de autoritatea contractantă, fiind în mod nelegal declarată respinsă ca inacceptabilă;

- oferta contestatoarei a fost inițial declarată câștigătoare proceduri de atribuire, cu încălcarea gravă a legislației aplicabile și a principiilor în baza cărora se derulează procedurile de atribuire.

Urmare a pronunțării deciziei CNSC nr. 473/C11/313/26.02.2024, autoritatea contractantă a reevaluat propunerea financiară a asocierii al cărui lider este punând în executare decizia sus-menționată.

În temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, intervenienta solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În ceea ce privește solicitarea de acces la oferta asocierii - SRL - SRL - SRL, solicită Consiliului să ia act de solicitarea privind respectarea caracterului confidențial al ofertei sale și să nu permită accesul contestatoarei la documente din cadrul ofertei (inclusiv, dar fără a se limita la propunerea tehnică, propunerea financiară, răspunsurile la clarificări, inclusiv DUAЕ și documentele suport) sau prin care a fost analizată oferta acestei asocieri având în vedere specificul procedurii de atribuire - contract de proiectare și execuție.

Din raportul procedurii nr. 5930L/22.04.2024, rezultă că ambii ofertanți (atât asocierea din care face parte, cât și asocierea din care face parte contestatoarea) au declarat confidențiale mai multe părți din ofertele depuse, inclusiv propunerile tehnice și financiare.

În mod corect, autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția contestatoarei documentele declarate confidențiale din oferta asocierii - SRL - SRL - SRL, demers conform cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, care prevăd că accesul neîngrădit se poate acorda doar la informațiile care nu au fost

declarate neconfidențiale. De asemenea, conform prevederilor art. 57 din același act normativ, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost.

Raportat la prevederile legale sus-menționate, autoritatea contractantă a restricționat în mod corect accesul contestatoarei la documentele confidențiale menționate în cuprinsul declarației de confidențialitate din oferta asocierii.

Singura în măsura să decidă asupra conformității unei oferte este comisia de evaluare, iar controlul de legalitate al actelor acestea se realizează de instituțiile competente, nu de către alți ofertanți.

Astfel, a invocat decizia nr. 1045/C7/814 din data de 22.04.2024, solicitând, totodată, să nu se permită accesul contestatoarei la oferta sa tehnică și financiară, precum și la răspunsurile la solicitări de clarificări referitoare la acestea, așa cum au fost declarate și probate ca fiind confidențiale.

De altfel, comisia de evaluare a decis în mod legal că oferta sa este admisibilă, acceptabilă, a stabilit punctajul acestea și a declarat-o câștigătoare în condiții de legalitate și cu respectarea tuturor prevederilor documentației de atribuire, redând dintr-o speță similară de la Curtea de Apel, precum și Hotărârea Curții JUE (Marea Cameră) din data de 7 septembrie 2021 în cauza C-927/19.

În altă ordine de idei, din contestație și anexele sale, petenta a avut acces la mai multe documente pentru a-și putea întocmi contestația, cu toate acestea, a formulat-o în termeni generici, solicitând însă să o dezvolte prin concluziile scrise, solicitarea inadmisibilă prin raportare la prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și la prevederile art. 8 din lege, prevederi care stabilesc, în mod imperativ, termenele de 7, respectiv 10 zile pentru formularea și comunicarea contestației.

Prin urmare, în acord cu practica recentă, solicită respingerea accesului la înscrisurile care compun oferta asocierii din care face parte de către

Referitor la analiza în drept, prezintă următoarele:

A. Aspecte prealabile cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție;

B. Caracterul nefondat al criticilor formulate de referitoare la:

1. propunerea tehnică a asocierii - SRL - SRL - SRL fiind pur speculative, nemotivate fiind emise fie cu ignorarea:
 - documentației de atribuire/clarificărilor emise de autoritatea contractantă;
 - specificul contractului de proiectare și execuție;
 - legislației și jurisprudenței CJUE.

B.1. Cu privire la propunerea tehnică a asocierii contestatoarea a formulat critici inadmisibile, tardive, nemotivate și, oricum, netemeinice.

Astfel cum precizează contestatoarea, propunerea tehnică a fost evaluată prin procesul verbal nr. L 17624 din 17.10.2023, care este parte a primului raport al procedurii de atribuire.

Urmare a primului ciclu procesual, comisia de evaluare a reevaluat numai propunerea financiară a asocierii - SRL - SRL - SRL în conformitate cu decizia CNSC nr. 473/C11/313/26.02.2024.

Totuși, toate aspectele vizate de contestația referitoare la propunerea tehnică au fost analizate în prima evaluare și nu au fost contestate la acel moment, reevaluarea lor ar fi, așadar, nelegală.

Procesul verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. L 17624 din 17.10.2023 (parte a raportul procedurii nr. L 1010 din data de 25.01.2024) în care comisia de evaluare a analizat și confirmat îndeplinirea tuturor aspectelor vizate, prin actuala contestație, privind propunerea tehnică a asocierii din prezenta contestație sunt, așadar, definitive, susținând că au trecut aproximativ 5 luni de la data publicării în SEAP a raportului procedurii nr. L 1010 din data de 25.01.2024, în care s-a reținut conformitate propunerii tehnice a asocierii - SRL - SRL - SRL.

2. propunerile tehnice au fost evaluate de comisia de evaluare în raport cu cerințele minime din caietul de sarcini pe baza informațiilor prezentate în propunerea tehnică, iar rezultatul evaluării se regăsește în procesul verbal nr. L 17624 din 17.10.2023, care este parte a dosarului achiziției.

În urma desfășurării procesului de evaluare, au îndeplinit cerințele minime din caietul de sarcini propunerile tehnice prezentate de următorii ofertanți:

- asocierea - ofertă conformă;
- asocierea - SRL - ofertă conformă;
- asocierea - SRL - SRL - SRL - ofertă conformă.

Termenul prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016 pentru formularea unei contestații a fost de mult depășit.

Revenirea la cercetarea unor aspecte care au fost evaluate în cadrul primei evaluări și acceptate ca atare de către autoritatea contractantă și ceilalți participanți ar reprezenta, de altfel, o încălcare a caracterului definitiv al acestora, fiind contrară principiului securității circuitului civil (aspect confirmat prin dispozițiile art. 1 alin. (6) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ).

În consecință, consideră că permiterea să invoce critici pe care trebuia să le fi valorificat prin formularea unei contestații proprii la finalizarea primei evaluări (demers de care nu a înțeles să beneficieze din propria sa voință), ar echivala cu încălcarea dispozițiilor imperative din legislația achizițiilor publice în ceea ce privește termenele de contestare și nicidecum cu o pretinsă încălcare a dreptului la acțiune/acces la justiție.

Respingerea ca inadmisibilă a prezentei contestații se impune astfel, în considerarea celor de mai sus și inclusiv drept consecință a aplicării principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Pe de altă parte, arată că afirmațiile contestatoarei sunt pur și simplu răuvoitoare.

Se poate observa faptul că Planul de organizare de șantier se regăsește la fila nr. 348 din propunerea tehnică, astfel că susținerile contestatoarei sunt vădit neîntemeiate și se impun a fi respinse.

În ceea ce privește critica referitoare la autorizația privind desfumarea, precizează că se poate observa că petenta nu este la curent cu practica Consiliului urmare a publicării deciziei din data de 26.01.2023 pronunțată de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-403/2021, NV Construct SRL împotriva Județului Timiș („Decizia CJUE”).

Decizia CJUE este obligatorie pentru statele membre și, respectiv, pentru instanțele naționale.

Cu referire la această lucrare minoră, despre care afirmă că asocierea nu ar fi autorizată să o realizeze, nu este prevăzută în fișa de date sau în caietul de sarcini nicio obligație de prezentare a vreunei autorizații la momentul ofertării.

Documentația de atribuire nu prevede nicio cerință privind indicarea expresă a asociatului, subcontractorului sau a ofertantului care urmează a îndeplini activitatea de desfumare ori vreo cerință de a dovedi posibilitatea de realizare a unor astfel de activități împotriva incendiului.

Prin Decizia CJUE, instanța unională a statuat că:

„autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să treuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o Importantă semnificativă.”

Autoritatea contractantă nu a impus o astfel de cerință. Decizia CJUE stabilește în mod clar faptul că:

„Principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză”.

În consecință, solicită Consiliului să observe că susținerile contestatoarei sunt simple afirmații/speculații în susținerea cărora nu există niciun mijloc de proba în spiritul art. 10 lit. g) din Legea 101/2016.

Un astfel de argument nici nu poate reprezenta în concret un motiv de nelegalitate al raportului procedurii, deoarece nu se învederează în concret ce cerințe nu au fost respectate de către oferta asocierii

- SRL - SRL - SRL.

Asocierea - SRL - SRL - SRL a îndeplinit toate cerințele impuse de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini.

Prin urmare, solicită respingerea criticilor contestatoarei.

În concluzie, arată că:

- dispozițiile art. 10 lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016 impun contestatoarei obligația de a motiva criticile invocate, dovezile care susțin aspectele enunțate trebuie, de asemenea, depuse;
- contestatoarea nu indică nicio dovadă a afirmațiilor sale și, de altfel, criticile enunțate nu au niciun corespondent în realitatea propunerii tehnice și financiare depuse de către asocierea a cărei ofertă este criticată;
- criticile petentei au caracterul unor simple bănuieli și nu sunt probate, iar invocarea unor simple speculații nu echivalează cu o motivare reală, efectivă a contestației, astfel cum se impune prin dispozițiile art. 10 lit. f) și g) din Legea nr. 101/201;
- formularea unei contestații care contravine rigorii impuse prin dispozițiile procedurale (adică obligația contestatoarei de a motiva criticile sale) se sancționează cu nulitatea, caracterul pur speculativ al demersului nefiind apt să angreneze o verificare necesară a fi întreprinsă de către Consiliu.

În acest sens, numeroase decizii de speță confirmă necesitatea de a fi respinse asemenea speculații.

Astfel, precizează că decizia autorității contractante de atribuire a contractului asocierii - SRL - SRL - SRL este corectă și legală, mai ales că a pus în aplicare decizia CNSC nr. 473/C11/313/ 26.02.2024 prin care s-a restabilit cadrul legal al procedurii de atribuire.

CNSC a stabilit cu putere de lucru judecat că oferta asocierii - SRL - SRL - SRL a fost în mod nelegal respinsă prin primul raport al procedurii de atribuire.

Pentru toate aceste motive, ... SRL solicită încuviințarea în principiu a cererii de intervenție, iar pe fondul cauzei, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată cu menținerea tuturor actelor autorității contractante care au fost atacate prin contestație.

Totodată, solicită Consiliului, accesul la dosarul cauzei, în vederea formulării concluziilor scrise.

..... a transmis prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 32769/27.05.2024 concluzii scrise, prin care solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În ceea ce privește excepția tardivității invocate de către intervenient prin cererea de intervenție formulată, aceasta se impune a fi respinsă, contestația vizând raportul procedurii nr. 5930L/22.04.2024, față de care în mod evident contestația a fost formulată în termenul legal de 10 zile.

De altfel, una din principalele critici formulate vizează nelegalitatea refuzului autorității contractante de a acorda accesul la dosarul achiziției ulterior comunicării celui de al doilea rezultat al procedurii și care, de

altfel, determină nașterea interesului, adică producerea vătămării care a provocat formularea contestației.

Or, acest refuz a cărui legalitate este supusă analizei în prezenta cauză și care stă la baza imposibilității efective de exercitare a dreptului la apărare, garantat atât prin Directiva de remedii, cât și prin Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene, ambele invocate în mod explicit prin contestație, este subsecvent comunicării celui de al doilea rezultat al procedurii.

În măsura în care excepția (privită ca atare, ca excepție ce împiedică analiza pe fond a contestației) ar putea fi analizată prin raportare la criticile ce țin de conformitatea propunerii tehnice, și această apărare, de fond în opinia petentei, urmează a fi respinsă ca neîntemeiată, termenul de contestare fiind subsecvent nașterii interesului de contestare, când vătămarea se produce.

Astfel, în cadrul primei evaluări a ofertelor, oferta asocierii - SRL a fost clasată pe primul loc, oferta intervenientei fiind respinsă, astfel încât la acel moment nu există niciun folos practic pe care i l-ar fi adus acestui ofertant formularea unei contestații (și care, față de succesiunea ulterioară demonstrată în prezenta cauză) să privească eventual refuzul autorității contractante de acordare a accesului integral la dosarul achiziției, mai precis la oferta intervenientului.

De altfel, așa cum a arătat, chiar premisa pe care prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, în stabilirea termenelor de contestare o au în vedere, ține de existența unei vătămări pe care contestatoarea să o sufere, ceea ce în cadrul primului rezultat al procedurii nu se poate reține din perspectiva ofertantului contestator din prezenta cauză, doar ulterior producerii acestei vătămări putând să înceapă a curge termenele de contestare.

Pe de altă parte, în cadrul primului rezultat al procedurii, nu a fost nici în situația în care cele două oferte ce prezintă relevanță în cauză să fi fost considerate admisibile, astfel încât să se pună problema unui conținut corelativ al comunicării pe care achizițioarea să îl fi transmis asocierii - SRL cu privire la oferta concurentă ori în ipoteza în care ambele oferte ar fi fost admisibile, iar oferta asocierii să fi fost clasată înaintea ofertei admisibile a asocierii - SRL - SRL - SRL, astfel încât, din perspectiva riscului de contestare, să fi formulat propria contestație vizând admisibilitatea ofertei acestei asocieri.

Nici măcar din perspectiva Deciziei ICCJ 66/2018 [cu discuțiile oricum aferente pe fondul unei practici neunitare legate de aplicabilitatea la această dată a Deciziei, raportat la prevederile art. 518 coroborat cu art. 521 alin. (4) C. proc. civ. în condițiile abrogării prevederilor art. 65 alin. (3) și (4) din Anexa la HG nr. 395/2016] nu s-ar putea reține această „inadmisibilitate” de invocare a unor nelegalități aferente evaluării propunerii tehnice a ofertantului SRL, necontestată în cadrul primului rezultat al procedurii, față de care oricum nu există interes procesual la acel moment, premisa Deciziei ICCJ fiind aceea a

imposibilității de revocare a unui act (primul raport al procedurii) care a intrat în circuitul civil și care și-a produs efecte juridice.

Or, potrivit celor reținute în doctrina de specialitate raportat la Decizia 404/2008 a Curții Constituționale, siguranța circuitului civil nu se poate fundamenta fără ca, a priori, să fie confirmată legalitatea dreptului ce ulterior va intra definitiv în circuitul civil, principiul securității juridice neputând prevala principiului legalității.

Din aceste motive nu se poate considera că în cadrul primului rezultat al procedurii, asocierea - SRL ar fi avut un interes de a formula propria contestație privind actele ce au stat la baza primului rezultat al procedurii, prejudiciul suferit decurgând dintr-o eventuală admitere definitivă a contestației SRL și neîndeplinind astfel caracterul de certitudine pe care chiar și un prejudiciu viitor trebuie să îl îndeplinească, soluția din cadrul primei contestații nefiind sub absolut nicio formă în controlul contestatorului din prezenta cauză.

Pe fondul contestației, vă rugăm să aveți în vedere următoarele chestiuni prezentate punctual prin raportare la susținerilor adversarilor procesuali din prezenta cauză:

Sub un prim aspect, buna credință în formularea contestației decurge cu evidență din supunerea analizei în mod tranșant a problemei neacordării accesului la dosarul achiziției și greșita reținere a caracterului confidențial al ofertei depuse de asocierea - SRL - SRL.

Astfel, cu rea-credință ar fi fost formularea unei contestații pur speculative, întâlnite nu de puține ori în practica Consiliului, prin care, raportat la prevederile documentației dc atribuire, să înceapă a fi referite la un nivel pur teoretic cerințele documentației, urmate de o afirmație hazardată în sensul că oferta analizată nu le îndeplinește, în speranța că aceste simple afirmații ar fi putut fi susținute prin concluziile scrise, în urma studiului integral al dosarului la Consiliu, ceea ce oricum nu este cazul în prezenta cauză.

La fel, precizează că, de rea-credință ar fi fost situația în care ar discuta despre o contestație extrem de teoretică care să trateze probleme de presupusă inacceptabilitate ori neconformitate a ofertei câștigătoare, urmate de o completare a motivelor contestației prin concluziile scrise, ceea ce și în opinia sa, exprimată ca atare prin contestație, ar fi fost inadmisibilă.

Prin urmare, faptul că în mod onest s-a contestat tocmai refuzul acordării accesului la dosarul achiziției, într-o perioadă în care din motive ce nu țin în niciunul fel de exercitarea dreptului de contestare din partea niciunui ofertant, contractul nu poate fi încheiat cel puțin la acest moment

(chestiune care a fost adusă la cunoștință celor doi ofertanți prin adresele de comunicare a primului, respectiv a celui de-al doilea rezultat al procedurii, prin raportare la prevederile OUG nr. 115/2023, care nu permit încheierea contractului cu obiectul vizat până la finalul anului 2024), nu poate echivala cu o formulare a contestației cu rea-credință.

Potrivit celor bine cunoscute atât de către Consiliu, cât și de părțile implicate în această procedură de contestare, practica autorităților contractante de a nu permite accesul la ofertele concurente în cadrul cererilor de acces la dosar formulate în baza dispozițiilor art. 217 din Legea nr. 98/2016, este una generalizată.

La fel de cunoscute sunt și practica neunitară atât a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, dar mai ales a instanțelor de judecată cu privire la această chestiune.

Astfel, cu un titlu pur exemplificativ, într-o manieră diferită față de practica prezentată de achizitoare și de către intervenientă prin cererile formulate în prezenta cauză, reiterează faptul că:

- acordarea integrală a accesului la oferte în cadrul dosarului nr. 409/C1/2024 al Consiliului, investit cu o contestație formulată de un operator ce a criticat tocmai nelegalitatea refuzului de a-i fi acordat accesul la ofertele concurente de către o altă autoritate contractantă din cauza declarațiilor confidențiale prezentate de ofertanți, acces ce fusese solicitat în condițiile art. 217 din Legea nr. 98/2016; faptul că ulterior acestui acces de către Consiliu, unii ofertanți au ales să formuleze noi contestații, iar alții nu, este o chestiune ce ține strict de alegerea ofertantului devenit pe deplin informat în legătură cu toate actele dosarului achiziției;
- la fel, după ce în cadrul dosarului nr. 2043/C7/2023, Consiliul nu a acordat accesul la ofertele declarate de asemenea confidențiale, în cadrul unei contestații ce a vizat inclusiv această nelegalitate a neacordării accesului de către o altă autoritate contractantă, Curtea de Apel Timișoara, prin hotărârea pronunțată în dosarul nr. 977/59/2023 a admis plângerea contestatorului și a anulat raportul procedurii pentru unicul motiv decurgând din greșita neacordare a accesului la dosar în considerarea pretenției confidențialității a ofertelor, raportat la Decizia CJUE pronunțată în cauza Antca Polska invocată și prin contestația formulată în prezenta cauză.

Dincolo de cele expuse mai sus, contrar susținerilor autorității contractante și ale intervenientului, acesta nu a dovedit confidențialitatea, principala sa argumentație vizând existența secretului comercial și a caracterul de "operă științifică" a ofertei.

Cu exprimarea explicită a respectului deplin față de efortul absolut considerabil pe care toți ofertanții îl depun în elaborarea ofertelor, acestea nu reprezintă "opere științifice" sub regimul actualei legislații și în niciun caz primate *in integrum*.

Din perspectiva secretului comercial, condițiile impuse de prevederile legale invocate în cuprinsul apărărilor formulate de către autoritatea contractantă, cât și de către intervenient, privesc printre altele condiția ca

informațiile considerate secrete comerciale să fi făcut obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective pentru a fi păstrate secrete.

Or, aceste măsuri de păstrare a confidențialității unor anumite informații sunt anterioare declarației de confidențialitate pe care ofertantul o prezintă în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, constituindu-se în dovezi ale confidențialității care se anexează declarației de confidențialitate pentru ca aceasta să poată fi considerată a îndeplini cerințele impuse de legislația în materie de achiziții publice.

Însă, în prezenta cauză, declarațiile de confidențialitate prezentate de ofertantul câștigător în legătură cu propunerea tehnică și cea financiară nu au fost însoțite de niciun fel de dovezi și în niciun caz de unele care să permită concluzia îndeplinirii cumulative a condițiilor impuse de lege pentru a putea discuta despre „secrete comerciale”.

De asemenea, analiza „vătămării” pe care o poate produce divulgarea pretinselor „informații confidențiale” trebuie raportată și la destinatar și la scopul solicitării lor de către acesta.

Or, în situația de față destinatarul este un operator extrem de experimentat atât în lucrări de tipul celor ce fac obiectul achiziției, cât și în ofertare, fiind de altfel și declarat câștigător în cadrul acestei proceduri în cadrul primei evaluări a ofertelor, motivul pentru care a solicitat accesul la ofertă fiind unul ce ține exclusiv de exercitarea unui drept fundamental la apărare, iar nicidecum pentru a se “inspira” din oferta unui concurent.

Sintetizează, potrivit celor arătate și prin contestația formulată astfel:

- pot fi declarate confidențiale doar anumite informații cuprinse în propunerea tehnică ori financiară, iar nicidecum oferta în integralitate, cum este cazul în speță;
- informațiile ce sunt susceptibile a fi protejate ca și confidențiale sunt exclusiv cele cuprinse într-una din următoarele categorii: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau informații care sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală;
- apartenența la una dintre categoriile anterior menționate trebuie probată de către ofertant, dovezile de susținere a caracterului confidențial trebuind a fi anexate declarației de confidențialitate, ceea ce în situația analizată nu s-a realizat;
- confidențialitate nu privește documentele suport DUAЕ, care probează îndeplinirea de către ofertanți a cerințelor de calificare sau care fac dovada inexistenței motivelor de excludere.

Tocmai din aceste motive, prin Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțată în cauza C-54/21 Antea Polska, ce consacră o revenire, o nuanțare a jurisprudenței anterioare citate prin apărările formulate în cauză de către autoritatea contractantă și de către intervenient, dar care în mod deliberat nu fac referire și la această ultimă decizie a CJUE pe problematica analizată, Curtea a statuat că practica autorităților contractante care:

"acceptă în mod sistematic cererile ofertanților de a califica drept secrete de afaceri ansamblul informațiilor a căror divulgare către ofertanții concurenți nu o doreau", „este susceptibilă să aducă atingere nu numai echilibrului dintre principiul transparenței prevăzut la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24 și protecția confidențialității prevăzută la articolul 21 alineatul (1) din aceasta, ci și exigențelor (...) unei protecții jurisdicționale efective, precum și principiului general al bunei administrări (...)",

considerentele Curții privind inclusiv documente ce țin, în înțelesul legislației naționale, de documentele suport DUAE (privind în special experiența similară), la care accesul a fost acordat în fața Consiliului, probele dosarului neconducând la o altă concluzie.

Din acest motiv și raportat la această hotărâre, a arătat că, independent de data la care ar începe să curgă termenul de formulare a unei contestații complete (condiționat de accesul la oferta concurentă), greșita reținere a caracterului confidențial al ofertei depuse de asocieria - SRL - SRL - SRL potrivit celor rezultate din pct 2.4.8 din raportul procedurii, de natură a împiedica formularea contestației de către, este un motiv în sine de anulare a raportului, în această materie nefiind aplicabilă în opinia sa instituția repunerii în termenul de formulare a motivelor contestației (opinie exprimată explicit prin contestație). Astfel, a redat din cauza C-54/21 Antea Polska, CJUE.

Or, cum pe de o parte accesul la oferta concurentă nu i-a fost acordat nici în fața Consiliului și în condițiile în care oricum contestația nu ar fi putut precizată/completată prin concluziile scrise, singura soluție posibilă este aceea a anulării raportului procedurii din cauza greșitei rețineri a caracterului confidențial al ofertei depuse de asocieria - SRL - SRL - SRL, ofertant care nici măcar prin cererea de intervenție formulată nu și-a susținut nici probarea anterioară a caracterului confidențial al propunerilor tehnică și financiară, după cum nu a făcut această probă nici în fața Consiliului. Consecința acestei anulări este tocmai aceea a repunerii implicite în termenul de contestare, condiționat de acordarea accesului la informațiile cuprinse în ofertă greșit reținute a fi fost confidențiale.

Așa cum a arătat și prin contestația formulată, asigurarea respectării prevederilor Directivei 89/665 și a prevederilor art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene impunea comunicarea actelor solicitate mai ales în condițiile în care actele întocmite de autoritatea contractantă nu cuprind decât referiri la anumite pagini cuprinse în ofertele depuse (enumerarea paginilor) prin care autoritatea a apreciat că s-ar fi respectat cerințele documentației de atribuire, nefăcând astfel posibilă printr-o motivare adecvată a proceselor-verbale de evaluare

prin raportare la context, formularea unei contestații complete doar prin accesarea conținutului acestor procese-verbale de evaluare.

Exemplul cel mai clar în susținerea afirmației de mai sus este cel care privește planul de organizare de șantier.

Înțelege din apărările formulate în cauză că acest plan ar fi existat în cadrul ofertei concurente, fără însă ca aceasta să rezulte din procesele-verbale de evaluare, deși cerința analizată fusese impusă ca atare prin Formularul de propunere tehnică, fiind menționată în mod explicit în cadrul evaluării realizate cu privire la oferta asocierii - SRL.

În acest context, neavând acces la oferta concurentă, ... solicită Consiliului să verifice depunerea planului referit din propunerea tehnică a asocierii - SRL - SRL - SRL.

Dincolo de aceasta, în ceea ce privește cerințele privind desfumarea, susține că a arătat prin contestația formulată că acestea au fost impuse prin prevederile caietului de sarcini, cât și prin Scenariul de securitate la incendiu cuprins în documentația de atribuire, ambele anexate prezentelor concluzii pentru evitarea oricărei neclarități.

Or, ceea ce s-a susținut prin contestație nu este că ofertantul nu ar fi prezentat autorizațiile necesare (jurisprudența CJUE fiind cunoscută), chestiune ce ar fi vizat un aspect pur probator, cu consecința unei eventuale neconformități din cauza întocmirii ofertei fără respectarea tuturor cerințelor documentației, dar care nu a fost invocată în cauză.

Critica dedusă judecății prin prezenta contestație este aceea că ofertantul, prin niciunul dintre membrii consorțiului (asociați ori subcontractanți) nu a făcut dovada posibilității de realizare în mod legal a activităților ce fac obiectul contractului, în condițiile impuse prin documentația de atribuire, oferta impunându-se a fi fost respinsă ca neconformă și pentru acest motiv, raportat la definiția în sine a noțiunii de „operator” în această materie, potrivit art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, nu se poate considera din perspectiva conformității ofertei că, ulterior, ofertantul devenit Antreprenor în cadrul contractului ar putea recurge la eventuali noi subcontractanți (inclusiv unii care au dreptul de a realiza acest tip de lucrări) pentru că în discuție este pe de o parte demonstrarea prin oferta depusă a posibilității de realizare în mod legal a contractului, iar pe de altă parte chiar prețul ofertat, care include sau nu această sub-activitate și care desigur nu ar putea fi modificat printr-o eventuală clarificare adusă ofertei.

Acesta este contextul în care a depus lista tuturor operatorilor autorizați în conformitate cu OMAI nr. 87/2010 pentru efectuarea lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru

evacuarea fumului și gazelor fierbinți la data de 15 aprilie 2024, nesustînând prin contestație că nu a fost făcută o dovadă a deținerii unei autorizații care să fi fost impusă prin documentație, ci demonstrând că niciunul dintre membrii consorțiului declarat câștigător nu poate realiza în mod această activitate, afirmație necontrazisă în niciunul fel nici de către autoritatea contractantă și nici de către intervenient.

Pentru toate argumentele expuse prin contestația formulată și prin prezentul document, ... solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

..... SRL a transmis prin adresa din data 27.05.2024, înregistrată la Consiliu prin nr. 32832/27.05.2024, concluzii scrise prin care sintetizează argumentele în sprijinul respingerii contestației formulate de

1. În ceea ce privește accesul contestatoarei la dosarul achiziției, inclusiv la oferta asocierii - SRL - SRL - SRL:

(i) Contestatoarea a primit acces atât la sediul CNI, conform procesul-verbal de predare-primire nr. 2322/SA/25.04.2024) cât și la sediul CNSC, conform cererii de fotocopiere din data de 22.05.2024 aflată la dosarul achiziției, mai puțin documentele din oferta asocierii - SRL - SRL - SRL declarate confidențiale, ținând cont de specificul procedurii de atribuire (Proiectare + Execuție).

(ii) CNSC a respectat principiul tratamentului egal al operatorilor economici, acordând atât contestatoarei, cât și societății sale accesul la dosarul achiziției, cu excepția documentelor confidențiale. Nici în primul ciclu procesual, nu a avut acces la oferta

(iii) mai mult decât atât, deși a avut acces la dosarul achiziției, contestatoarea a formulat critici tardive și vădit neîntemeiate cu privire la oferta asocierii - SRL - SRL - SRL.

(iv) având în vedere aceste argumente, jurisprudența CNSC invocată prin cererea de intervenție, jurisprudența Curții de Apel - Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal - Decizia Civilă nr. 2420 din 19 octombrie 2022, pronunțată în dosarul nr. 6840/2/2022, solicită respingerea criticilor formulate de contestatoare ca neîntemeiate.

2. Referitor la planul pentru organizarea de șantier, arată că:

(i) asocieria - SRL - SRL - SRL a prezentat acest plan/schiță în propunerea tehnică, unde se regăsește procedura scrisă privind execuția organizării de șantier.

(ii) pe de altă parte, criticile sunt tardive, propunerea tehnică a asocierii - SRL - SRL - SRL a fost declarată conformă prin:

- procesul verbal de evaluare nr. L 17624 din 17.10.2023;
- raportul procedurii de atribuire nr. L 1010 din data de 25.01.2024,

(iii) prin urmare se impune respingerea acestei critici.

3. Cu privire la autorizația pentru desfumare:

(i) contestatoarea adaugă la cerințele necontestate ale documentației de atribuire;

(ii) documentația de atribuire (fișă de date, caiet de sarcini, anunț de participare) nu prevede niciun fel de cerință privind prezentarea unei astfel de autorizații în ofertă,

(iii) documentația de atribuire nu prevede nicio cerință privind indicarea expresă a asociatului, subcontractorului sau a ofertantului care urmează a îndeplini activitatea de desfumare ori vreo cerință de a dovedi posibilitatea de realizare a unor astfel de activități împotriva incendiului.

(iv) astfel, redă dintr-o speță similară a Curții de Apel Alba Iulia, precum și de la Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-403/2021, NV Construct SRL împotriva Județului Timiș.

4. Ca și concluzii, precizează că nu există nici măcar vreo urmă de îndoială cu privire la conformitatea ofertei asocierii - SRL - SRL - SRL, respectiv cu privire la corecta evaluare acestora de către comisia de evaluare.

În justificarea cererii privind acordarea cheltuielilor de judecată, intervenienta invocă din practica recentă a Consiliului, respectiv Decizia nr. 1136/C2/1075 din data de 19.05.2023 și Decizia nr. 1045/C7/814 din data de 22.04.2024.

Pentru toate aceste motive, solicită să se dispună următoarele:

(i) încuviințarea în principiu a cererii de intervenție;

(ii) pe fondul cauzei, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată;

(iii) menținerea tuturor actelor autorității contractante care au fost atacate prin contestația formulată de;

(iv) admiterea cererii de intervenție;

(v) obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată efectuate de în prezenta cauză, conform înscrisurilor anexate: Factura seria AVMDV nr. 2024 44 din data de 20.05.2024, Ordinul de plată nr. 1/22.05.2024 emis de Raiffeisen Bank SA, Extras de cont nr. 70 din 22/05/2024.

..... a constituit cauțiunea în sumă de 702.058,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 1, eliberată de RAIFFEISEN BANK, la data de 02.05.2024, fiind transmisă, în original, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 28635/10.05.2024.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... SA a organizat licitația deschisă, în vederea atribuirii contractului de Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: „Reabilitarea, consolidarea,

modernizarea și dotarea Bazinului de Natație Olimpia, Municipiul, ..., prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1057223/12.07.2023. Valoarea estimată a contractului de lucrări este de 35.102.854,99 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 435/25.01.2024 și a raportului procedurii de atribuire nr. L 1010/25.01.2024, ... SRL a înaintat Consiliului contestația înregistrată la CNSC cu nr. 7335/06.02.2024 ce a fost admisă de Consiliu prin decizia nr. 473/C11/313/26.02.2024.

Autoritatea contractantă a formulat plângere împotriva deciziei CNSC nr. 473/C11/313/26.02.2024, însă Curtea de Apel a respins plângerea ca nefondată, prin Hotărârea nr. 209/2024, obligând autoritatea contractantă să pună în aplicare decizia Consiliului.

Pentru punerea în aplicare a deciziei Consiliul, comisia de evaluare a procedat la întoarcerea în etapa de evaluare a propunerilor financiare. În urma finalizării fazei de evaluare a propunerilor financiare, toate cele 3 oferte au fost declarate admisibile.

În urma finalizării evaluării și a aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț”, oferta câștigătoare a fost declarată cea depusă de asocieria - SRL - SRL - SRL.

Ca urmare a transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii, societatea, în calitate de lider al asocierii - SRL, a formulat contestație, solicitând:

1. constatarea refuzului nelegal al autorității contractante de a i se comunica oferta depusă de asocieria - SRL - SRL - SRL (cu clarificările oferite pe perioada de evaluare a ofertelor) și constatarea netemeinicii și nelegalității aprecierii acesteia ca și confidențială;
2. reanalizarea de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a caracterului confidențial al documentelor ce țin de oferta depusă de asocieria - SRL - SRL - SRL, acordarea accesului său la documentele cuprinse în oferta asocierii în condițiile prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016;
3. anularea raportului procedurii nr. 5930L/22.04.2024;
4. anularea actelor emise de autoritatea contractantă prin care oferta asocierii - SRL - SRL - SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare;
5. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de asocieria - SRL - SRL - SRL potrivit prevederilor legale incidente și considerentelor deciziei ce urmează a fi pronunțată de Consiliu în prezenta cauză.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, urmare a depunerii contestației, ..., lider al asocierii - SRL - SRL - SRL, a formulat cerere de intervenție voluntară, pe care Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă,

dat fiind faptul că asocierea având ca lider petenta, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricină prin promovarea ei.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea lor având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

La analiza contestației, Consiliul reține că este îndreptată împotriva deciziei autorității contractante de declarare câștigătoare a ofertei asocierii SRL - SRL - SRL - SRL, în timp ce oferta asocierii - SRL s-a clasat pe locul II, decizie pe care o consideră nelegală.

O primă critică formulată de autoarea contestației este în legătură cu modul în care autoritatea contractantă a permis accesul contestatoarei la oferta asocierii SRL - SRL - SRL - SRL, considerând nelegală conduita achizitoarei de a-i restricționa accesul la propunerea tehnică și financiară, respectiv la documentele suport DUAE depuse de această asociere, cu excepția strict a informațiilor declarate și probate a fi confidențiale.

Astfel, contestatoarea consideră că asocierea în cauză nu a probat caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, iar documentele suport DUAE nu intră sub incidența reglementărilor care permit restricționarea accesului la acestea, pentru ca autoritatea contractantă să poată să nu îi permită accesul la acestea.

În acest sens, Consiliul observă că, conform procesului-verbal nr. 2322/SA/25.04.2024 de predare-primire, întocmit ca urmare a acordării accesului la documentele aferente dosarului achiziției, la dispoziția contestatoarei au fost depuse de către achizitoare procesele verbale de evaluare aferente fiecăreia dintre etapele procesului de evaluare (evaluarea garanțiilor de participare, a conformității propunerilor tehnice, a propunerilor financiare, a punerii în aplicare a deciziei Consiliului nr. 473/C11/313/26.02.2024 și a documentelor suport pentru demonstrarea informațiilor din DUAE).

În privința acestui aspect, prezintă relevanță Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza *Varec*, C-450/06, prin care s-au stabilit următoarele:

34 Obiectivul principal al normelor comunitare în materie de contracte de achiziții publice constă în deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre (a se vedea în acest

sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C- 26/03, Rec., p. I- 1, punctul

44).

35 Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare.

36 În plus, atât prin natura acestora, cât și potrivit sistemului reglementării comunitare în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Aceștia din urmă trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi.

37 Pentru aceste motive, articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 prevede că autoritățile contractante au obligația de a respecta caracterul confidențial al tuturor informațiilor puse la dispoziție de acești furnizori.

38 În cadrul specific al comunicării către un candidat sau un ofertant respins a motivelor respingerii candidaturii sau a ofertei acestuia, precum și în cel al publicării anunțului de atribuire a unui contract, articolul 7 alineatul (1) și articolul 9 alineatul (3) din respectiva directivă recunosc autorităților contractante posibilitatea de a nu comunica anumite informații, în cazul în care divulgarea acestora ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale întreprinderilor publice sau private sau ar aduce atingere concurenței loiale dintre furnizori.

De asemenea, în Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14, s-au reținut următoarele:

46 În cazul în care instituția vizată decide să refuze accesul la un document a cărui comunicare îi este cerută, acesteia îi revine, în principiu, obligația de a furniza explicații cu privire la modul în care accesul la acel document ar putea să aducă atingere concret și efectiv interesului protejat de o excepție prevăzută la articolul 4 din Regulamentul nr. 1049/2001 pe care această instituție o invocă. În plus, riscul unei astfel de atingeri trebuie să fie previzibil în mod rezonabil, iar nu pur ipotetic. Cu toate acestea, este permis instituției în cauză să se întemeieze în această privință pe prezumții generale care se aplică anumitor categorii de documente, considerații de ordin general similare fiind susceptibile să se aplice unor cereri de divulgare cu privire la

documente de aceeași natură (Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și

T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 90).

47 Rezultă din jurisprudență că ofertele depuse de ofertanți în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă pot intra în domeniul de aplicare al excepției referitoare la protecția intereselor comerciale, în special datorită elementelor economice și tehnice cuprinse în oferte (a se vedea în

acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10,

EU:T:2013:38, punctul 95).

48 Pe de altă parte, protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este prevăzută de dispozițiile relevante din Regulamentul financiar și în special la articolul 113 alineatul (2) din acesta, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute. Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura

concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare (Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10,

EU:T:2013:38, punctul 100).

49 Având în vedere cele ce precedă, jurisprudența a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor

comerciale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10

și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 101).

50 Trebuie subliniat însă că prezumția generală menționată la punctul 49 de mai sus nu exclude posibilitatea de a demonstra că un anumit document a cărui divulgare este solicitată nu face obiectul acestei prezumții sau că există un interes public superior care justifică divulgarea

(Hotărârea din 28 iunie 2012, Comisia/Éditions Odile Jacob, C- 404/10 P, EU:C:2012:393,

punctul 126).

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

52 În primul rând, trebuie arătat că, în speță, reclamantei i- a fost refuzat accesul la oferta

depusă de ofertantul reținut, din care fac parte borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ. În plus, anexa I.A la contract, la care Comisia a refuzat de asemenea accesul în întregime, cuprinde și borderoul de prețuri al ofertei ofertantului reținut. În ceea ce privește anexa II la contract, la care a fost refuzat de asemenea accesul, aceasta conține oferta ofertantului reținut. Prin urmare, este vorba despre exact același tip de documente ca cele avute

în vedere de Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA (T- 339/10 și T- 532/10,

EU:T:2013:38). Contrar celor susținute de reclamantă, nu se poate deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

53 Astfel, este evident că documentele avute în vedere de prezenta cerere de acces, prin natura lor, pot conține elemente tehnice și economice confidențiale ale ofertantului reținut, printre care

și informații cu privire la competențele și la metodele de lucru ale acestuia, la know- how- ul

său, la organizarea sa internă, la costurile sale și la prețurile propuse.

54 În aceste împrejurări, comisia a statuat în mod întemeiat, în deciziile atacate, că oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri, anexa I.A la contract, care conține borderoul

de prețuri, și anexa II la contract, care conține oferta ofertantului reținut, erau acoperite de o prezumție generală potrivit căreia divulgarea lor ar aduce atingere, în principiu, protecției intereselor comerciale.

55 Pe de altă parte, trebuie subliniat că, tocmai în scopul de a menține confidențialitatea acestor informații comerciale sensibile, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu prevede comunicarea ofertei ofertantului reținut către ofertanții respinși și stabilește chiar că este posibilă omiterea comunicării anumitor elemente dacă aceasta ar aduce atingere intereselor comerciale legitime sau ar putea denatura concurența loială.

56 În al doilea rând, trebuie să se constate că, în nicio etapă a procedurii, reclamanta nu a prezentat nici cel mai slab argument care să permită să se demonstreze că documentele solicitate nu erau acoperite de prezumția menționată mai sus.

57 În ceea ce privește borderoul de prețuri în ansamblul său, reclamanta susține că divulgarea acestui document nu ar putea aduce atingere intereselor comerciale ale ofertantului reținut, întrucât anunțul de atribuire indica nivelul prețurilor din oferta acestuia. Acest argument nu poate fi reținut, întrucât borderoul de prețuri este un document mult mai detaliat care indică, la fiecare rubrică, prețul serviciilor propuse, în timp ce anunțul de atribuire se limitează să indice în mod global valoarea contractului atribuit.

58 Situația este aceeași în cazul borderoului de prețuri recapitulativ care figurează în anexa la ofertă. Trebuie să se constate că acest document conține de asemenea informații referitoare la prețul serviciilor propuse, care sunt mai detaliate decât informația divulgată prin anunțul de atribuire. Prin urmare, borderoul recapitulativ intră de asemenea în domeniul de aplicare al prezumției menționate mai sus.

59 În consecință, Comisia era îndreptățită să considere că documentele în discuție, și anume oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ, și anexele I.A și II la contract erau acoperite de excepția referitoare la protecția intereselor comerciale, fără a proceda la examinarea lor concretă și individuală, după cum pretinde reclamanta.

60 În ceea ce privește argumentele reclamantei referitoare la existența unui presupus interes public superior care justifică divulgarea, acestea vor fi examinate mai jos, în cadrul celui de al patrulea aspect.

61 În sfârșit, în ceea ce privește argumentul reclamantei potrivit căruia informațiile care i-au

fost furnizate de Comisie cu privire la prețul ofertei reținute nu îndeplinesc cerințele articolului

113 din Regulamentul financiar, chiar dacă s-ar presupune că sunt admisibile, este necesar să

se constate că, contrar celor sugerate de reclamantă, articolul 113 alineatul (2) din Regulamentul financiar nu impune obligația de a comunica ofertantului respins, cu titlu de caracteristici și de avantaje ale ofertei reținute, informații detaliate privind prețurile.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.), se consideră că achizitoarea avea dreptul de a restricționa accesul la documentele declarate confidențiale aferente propunerii tehnice și financiare, mai puțin la documente care nu sunt prevăzute de aceste dispoziții legale.

Prin raportare la cele cuprinse în declarațiile depuse de asocieria SRL - SRL - SRL - SRL (care a formulat justificări în sprijinul dovedirii caracterului confidențial al documentelor), Consiliul, la data de 23.05.2024, la rândul său, nu a permis accesul contestatoarei la propunerea financiară și tehnică a asocierii declarate câștigătoare, în temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

"La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală."

Astfel, Consiliul a ținut seama de rigorile la care este supus, prin regulile precitate, conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații realizându-se cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Consiliul apreciază că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale, dreptul său la apărare nefiind mai presus de dreptul celorlalți ofertanți de a-și proteja propriile oferte, în limitele stabilite de legiuitor.

Prin urmare, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei și a intervenientei, doar acele documente care nu au fost declarate confidențiale, inclusiv cele emise de autoritatea contractantă pe parcursul evaluării și clarificările aduse ofertelor, conform art. 19 din Legea nr. 101/2016, luând act de existența și conținutul declarațiilor depuse de ofertanți.

Nu în ultimul rând, legat de susținerile contestatoarei referitor la modul de întocmire a declarațiilor privind confidențialitatea propunerii tehnice și a celei financiare de către asocieria declarată câștigătoare, Consiliul observă similitudinea acestora cu cele întocmite de autoarea contestației, în sensul că ambii ofertanți au completat Formularele nr. 9 și nr. 10 puse la dispoziție de achiziitoare în SEAP. Mai mult decât atât,

conform documentelor puse la dispoziție de autoritatea contractantă, asocierea având ca lider autoarea contestației s-a limitat la a completa aceste Formulare nr. 9 și nr. 10, privind elementele propunerii tehnice și financiare considerate/declarate confidențiale, fără a depune și o Anexa 2 în care trebuiau să se regăsească dovezi/argumente care să susțină cele afirmate în aceste declarații, în timp ce asocierea declarată câștigătoare a depus și aceste anexe.

În ceea ce privește eventuala naștere a dreptului de formulare a unei noi contestații ulterior studierii documentelor puse la dispoziție de Consiliu, este avut în vedere că nu este cazul în speță.

Astfel, Consiliul constată că nu a fost depusă o nouă contestație după luarea la cunoștință în data 23.05.2024, de conținutul documentelor puse la dispoziție de Consiliul, dată de la care avea posibilitatea depunerii unei noi contestații, iar Concluziile scrise depuse ulterior acestei date neavând un astfel de caracter.

Consiliul a fost diligent și a asigurat o maximă celeritate atât în respectarea termenelor stabilite de legiuitor în sarcina sa, cât și în asigurarea dreptului la apărare și a contradictorialității, respectiv a tuturor principiilor prevăzute la art. 15 din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, așa cum s-a reținut anterior, Consiliul a asigurat tuturor solicitanților, acces la dosarul cauzei aflat la Consiliu, mai puțin la propunerea financiară și tehnică a asocierii declarate câștigătoare, în temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind puse la dispoziție inclusiv documentele justificative pentru dovedirea celor susținute prin DUAЕ la care, autoritatea contractantă, în mod nelegal a restricționat accesul petentei.

În ceea ce privește criticile contestatoarei formulate cu privire la propunerea tehnică depusă de asocierii SRL - SRL - SRL -, Consiliul reține că sunt formulate în legătură cu Planul de organizare de șantier pe lângă partea scrisă, respectiv cu realizarea activităților de desfumare.

În această privință, intervenienta susține că sunt inadmisibile, tardive criticile formulate de petentă, susținând că nu este permisă formularea unor critici care vizează aspectele analizate și necontestate cu prilejul primei evaluări. Astfel, intervenienta afirmă că toate aspectele vizate prin contestație referitoare la propunerea tehnică a asocierii din care face parte au fost analizate în prima evaluare și nu au fost contestate la acel moment, reevaluarea lor fiind nelegală, procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. L 17624/17.10.2023, în care comisia de evaluare a analizat și confirmat îndeplinirea tuturor acestor aspecte vizate prin demersul său de către petentă privind propunerea tehnică a asocierii declarate câștigătoare, fiind definitive. De asemenea, susține că termenul de contestare prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016 este la acest moment depășit.

Consiliul apreciază că aceste susțineri formulate de intervenientă sunt neîntemeiate, motivat de faptul că, rezultatul stabilit prin raportului procedurii nr. 1010/25.01.2024 în ceea ce privește oferta asocierii din care

face parte contestatoarea stabilea că aceasta este câștigătoare, în timp ce oferta asocierii din care face parte intervenienta nu se număra printre ofertele admisibile, această ofertă fiind respinsă ca inacceptabilă.

Prin urmare, un astfel de rezultat nu era de natură a vătăma interesul

Or, potrivit art. (3) alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

"(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi",

iar potrivit art. 8 alin. (1) din aceeași lege:

"(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de (...)".

....., nefiind vătămată de modalitatea în care autoritatea contractantă a stabilit acest rezultat la data de 25.01.2024, care au poziționat-o oferta asocierii din care face parte pe locul 1 în clasamentul ofertelor admisibile, iar oferta asocierii având ca lider intervenienta respinsă ca inacceptabilă, petenta din prezenta cauză nu avea interes să conteste acel rezultat.

Față de cele expuse anterior, Consiliul va respinge, ca nefondate susținerile intervenientei din acest punct de vedere.

Revenind la criticile formulate pe fond, Consiliul reține în legătură cu *Planul de organizare de șantier pe lângă partea scrisă*, că autoarea contestației susține că asocierea criticată nu ar fi cuprins în propunerea tehnică un astfel de plan.

În acest sens, petenta invocă faptul că în cadrul procesului-verbal nr. L 17624/17.10.2023, privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare (inclusiv grilele de punctaj pentru ofertanții Asocierea Geiger și Asocierea CON-A) rezultă că asocierea nu a prezentat un plan de organizare de șantier pe lângă partea scrisă, iar evaluarea acestei oferte nu s-a făcut cu rigurozitatea necesară verificării și îndeplinirii acestei cerințe impuse prin documentația de atribuire, fapt ce ar fi trebuit să determine stabilirea neconformității acestei oferte.

Verificând procesul-verbal nr. L 17624/17.10.2023, Consiliul constată că, într-adevăr, așa cum susține și contestatoarea, dacă în referire la oferta sa se regăsesc mențiuni legate de existența *Planului (schița) privind Organizarea de Șantier*, în cazul asocierii declarate câștigătoare lipsește o astfel de mențiune.

În urma verificării propunerii tehnice a asocierii având ca lider pe SRL, Consiliul observă că, la pag. 348, așa cum indică atât achizitoarea prin punctul de vedere la contestație, cât și SRL prin cererea de intervenție, se regăsește schița în discuție, astfel că susținerile contestatoarei din acest punct de vedere sunt lipsite de temei.

Că în propunere tehnică se regăsește această schiță, la pagina indicată, o atestă inclusiv Opisul propunerii tehnice, în care este menționat, la nr. crt. 14.1.3.3, "*Descriere execuție lucrări provizorii cât și cele permanente (pregătire, etapele principale de execuție în corelare cu obiectele principale, teste și probe, terminare, perioadă de garanție) + Plan OS*", că informații privind această descriere și planul respectiv se regăsesc la pag. 332-348.

De asemenea, la pag. 597-603, se poate identifica *Procedura de execuție pentru Organizarea de șantier*.

Prin urmare, situația creată nu este decât culpa exclusivă a membrilor comisiei de evaluare, aceștia fiind cei care au întocmit procesul-verbal în discuție fără rigoarea necesară, astfel încât acesta nu cuprinde, cel puțin în privința situației analizate, modul de îndeplinire a cerințelor documentației de atribuire.

Dacă procesul-verbal în cauză ar fi fost întocmit corespunzător și ar fi conținut toate informațiile relevante privind solicitările caietului de sarcini și modul de îndeplinirea a fiecăreia dintre acestea, autoarea contestației nu ar mai fi putut constata astfel de lipsuri.

Referitor la modul de îndeplinire a cerințelor privind desfumarea, autoarea contestației invocă faptul că documentația de atribuire a cuprins cerințe privind desfumarea (atât în caietul de sarcini, cât și în Scenariul de securitate la incendiu) și susține că ofertanții ar fi trebuit să dețină autorizație emisă conform Ordinului nr. 87/2010 privind aprobarea *Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor*. Afirmă că o astfel de autorizație trebuia deținută fie de membrii asocierii declarate câștigătoare fie de subcontractanții declarați.

În contra celor susținute de petentă, autoritatea contractantă susține faptul că nu a solicitat astfel de autorizații și, prin urmare, nu avea dreptul de a evalua ofertele pe baza unei cerințe care nu se regăsește în documentația de atribuire. Mai arată că în cadrul documentației de atribuire, se prevede, în mod expres, faptul că antreprenorul, nu ofertantul, trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor și trebuie să se asigure că orice contracte, subcontracte, instrucțiuni de utilizare, aprobări, etc. care urmează să fie încheiate sau emise în timpul perioadei de execuție și cea de notificare a defectelor, trebuie să fie în conformitate cu Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

Verificând condițiile impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire necesar a fi îndeplinite de ofertanți, Consiliul observă că, prin fișa de data a achiziției autoritatea contractantă nu a impus nicio cerință de calificare privind deținerea de autorizări conform

Ordinului nr. 87/2010 privind aprobarea *Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor*.

Însă, Consiliul constată că la cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale, entitatea contractantă a stabilit următoarele:

" Cerința 1: Înscrierea în Registrul Comerțului și Declarația privind beneficiarul real al ofertantului

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Modalități de îndeplinire:

*Autoritatea contractantă solicită ca operatorii economici ce depun ofertă (ofertantul individual/ofertantul asociat/subcontractantul propus/terțul susținător) să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, structura acționariatului/asociaților acestuia, că nu se afle în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, **precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.***

Autoritatea contractantă solicită prezentarea unui document emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului, care să ateste că obiectul contractului are corespondent în codul C.A.E.N. De asemenea, prin acest document trebuie să se reflecte structura acționariatului/asociaților societății comerciale.

- pentru persoanele juridice/fizice străine: documente care dovedesc o formă de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional. Documentele vor fi prezentate împreună cu traducerea autorizată în limba română.

- certificatul constatator trebuie să certifice faptul că societatea comercială aparține categoriei profesionale impuse de îndeplinirea contractului, respectiv are activitate corespunzătoare obiectului achiziției publice.

- informațiile cuprinse în certificatul constatator trebuie să fie reale/valabile la data prezentării.

- certificatul constatator va trebui prezentat de ofertant sau ofertant asociat, dacă este cazul, pentru partea de contract pe care o realizează.

Autoritatea contractantă solicită ca operatorii economici ce depun ofertă să prezinte declarația privind beneficiarul real în condițiile prevăzute de Legea nr.129/2019. Declarația privind beneficiarul real trebuie să certifice care sunt beneficiarii reali ai persoanei juridice, precum și modalitatea de exercitare a controlului.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE și care urmează să fie prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul întocmit în urma aplicării criteriului de atribuire, conform prevederilor art.132 alin.(2) din Norme, sunt:

a) Certificat constatator emis de ONRC, sau în cazul ofertanților străini documente echivalente emise în țara de rezidență.

b) Documentul eliberat de către Oficiul Național al Registrului Comerțului (O.N.R.C.), în temeiul prevederilor art. 56 din Legea nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului precum și pentru modificarea și completarea

unor acte normative, cu modificările și completările ulterioare (Declarația privind beneficiarul real). În cazul persoanelor străine se vor prezenta documente care dovedesc în mod similar cerința. Documentele vor fi prezentate împreună cu traducerea autorizată în limba română.

ATENȚIE! Cerința se aplică inclusiv pentru subcontractanți și/sau terti sustinatori care completează informațiile aferente situației lor la nivelul unui DUAE distinct.

Nota: Dacă există incertitudini referitoare la situația personală a unui operator economic, autoritatea contractantă poate solicita informații direct de la autoritățile competente."

Totodată, prin caietul de sarcini, precum și în Scenariul de securitate la incendiu, Consiliul observă că autoritatea contractantă a stabilit mai multe cerințe privind realizarea instalației de desfumare, fără a stabili, expres, cerințe privind deținerea unor autorizări specifice.

Astfel, deși activitățile necesare pentru realizarea instalației de desfumare sunt parte din obiectul achiziției, autoritatea contractantă nu a asociat și cerințe de calificare vizând deținerea autorizărilor legale necesare executării lor.

În aceste condiții, Consiliul reține caracterul obligatoriu al documentației de atribuire atât pentru ofertant, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cât și pentru entitatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă și de asigurarea respectării principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli, pe care autorii ofertelor nu le-au cunoscut încă de la momentul luării deciziei de implicare în procedura de achiziție publică, și fără eludarea regulilor deja existente în acest act al procedurii.

Prin urmare, deși este de netăgăduit faptul că realizarea în mod legal a celor tuturor activităților implică deținerea autorizărilor legale specifice, din punctul de vedere al derulării procedurii de achiziție publică, prezentarea respectivelor autorizări legale se face la solicitarea expresă a entității contractante, prin utilizarea cerințelor de calificare al căror scop, potrivit art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare. Or, în condițiile în care achizițtoarea alege să nu stabilească cerințe de calificare incidente tuturor activităților pe care derularea contractului de achiziție publică le implică, admisibilitatea ofertelor trebuie stabilită exclusiv în funcție de cerințele și condițiile documentației de atribuire, fără a depinde de proba deținerii acelor autorizări legale ce derivă din legi și normative în baza cărora activități ale contractului sunt realizate.

Interpretarea este în sensul deciziei Curții de Justiție a Uniunii Europene care, în data de 26 ianuarie 2023, în cauza C 403/21, a stabilit:

„Pentru aceste motive, Curtea (Camera a treia) declară:

1) Articolul 58 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE coroborat cu principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din această directivă

trebuie interpretat în sensul că

entitatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

2) Principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24

trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care entitatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.

3) Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24

trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare.”

Prin urmare, sunt de respins pretențiile contestatoarei în sensul că, pentru declararea admisibilității ofertei asocierii, era necesar ca societatea să facă dovada că deține, prin resurse proprii sau prin ale unui subcontractant, autorizațiile aferente pentru executarea activităților de desfumare.

Însă, este de subliniat că prevederile caietului de sarcini/documentației de atribuire stabilesc necesitatea realizării de activități care nu se pot face în lipsa deținerii unor astfel de autorizări.

Astfel, intra în sarcina achizitoarei să se asigure că ofertantul pe care îl desemnează câștigător, viitor contractant, este abilitat să presteze – direct sau indirect – în mod legal activitățile care fac obiectul contractului, inclusiv tipurile de lucrări în discuție.

Deși, susține achizitoarea că nu a impus operatorilor economici, pentru a fi admiși la procedură, deținerea unor anumite autorizații sau atestări, nu poate fi trecut cu vederea că ea însăși a cerut – de această dată expres – ca entitatea semnatară a viitorului contract de achiziție publică să aibă capacitatea de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. Or, asocierea ar fi trebuit să aducă explicații, la solicitarea achizitoarei, vizavi de modul de realizare a acestor activități, activități care, de altfel, se regăsesc descrise și asumate a fi realizate prin propunerea tehnică.

Consiliul nu a putut identifica în documentele emise de achizitoare realizarea vreunei verificări în acest sens, punctul de vedere la contestație formulat de aceasta confirmând această constatare.

Pentru aceste motive, Consiliul stabilește necesitatea reluării procesului de evaluare a ofertei asocierii, urmând ca autoritatea contractantă să solicite clarificării acesteia în vederea stabilirii modului în

care ofertanta are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 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, Consiliul urmează să admită contestația formulată de și să anuleze actele autorității contractante privind declararea câștigătoare a ofertei depusă de asocieria SRL - SRL - SRL -, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reia evaluarea ofertei asocierii SRL - SRL - SRL -, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

Contestația urmând a fi admisă, Consiliul încuviințând în principiu cererea de intervenție depusă de SRL, o va respinge.

În baza dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea SRL de obligare a la plata cheltuielilor de judecată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de în contradictoriu cu SA.

Anulează actele autorității contractante privind declararea câștigătoare a ofertei asocierii SRL - SRL - SRL - SRL și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, să reanalizeze oferta depusă de asocieria SRL - SRL - SRL - să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

Încuviințează în principiu și respinge cererea de intervenție înaintată de SRL.

Respinge cererea SRL de obligare a la plata cheltuielilor de judecată.

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

Împotriva ei 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,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 35 pagini.

Redactată practica deciziei