



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

DECIZIE

Nr. 2433/C5/2542
Data: 03.11.2021

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedată la emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 50622/27.09.2021 și, respectiv, sub nr. 50866/28.09.2021, ... SPA, cu sediul în ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de Președinte al Consiliului Director și convențional de ...având sediul procedural ales pentru comunicarea actelor de procedură la ... în municipiul ..., a contestat adresa nr. 11309/17.09.2021, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire prin „negociere competitivă”, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Elicopter mediu/greu multifuncțional maritim Elicopter mediu/greu multifuncțional pentru uscat”, cod CPV 34711500-9 (Rev.2), organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat următoarele:

- anularea adresei nr. 11309/17.09.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire;

- anularea parțială a Raportul procedurii nr. 11299/17.09.2021, numai în ceea ce privește analiza propunerii financiare inițiale a ... SPA, precum și în privința analizei și declarării, ca ofertă câștigătoare, a ofertei finale depusă de ..., cu consecința reluării procedurii în privința propunerii tehnice și financiare depusă de ... SPA din stadiul rămas nefinalizat în cadrul etapei a II-a a procedurii, cu acordarea posibilității ... de a putea formula și depune ofertă finală;

- ca urmare a analizei argumentelor de nelegalitate și netemeinicie ale procedurii, în privința propunerii financiare inițiale a ... SPA, anularea tuturor actelor subsecvente, emise ulterior celor două adrese amintite, a tuturor actelor și rapoartelor intermediare emise de comisia de evaluare și a Raportului final al procedurii, cu consecința

obligării autorității contractante la dispunerea măsurilor de remediere constând în inițierea negocierilor directe a ofertei sale inițiale și acordării posibilității depunerii ofertei finale;

- obligarea autorității contractante la dispunerea măsurilor ce se impun pentru restabilirea legalității procedurii, cu respectarea principiilor care guvernează materia achizițiilor publice: nediscriminarea, tratamentul egal și transparența, cu obligarea autorității contractante la stabilirea ofertei câștigătoare cu luarea în calcul a ofertei finale a ... SPA;

- anularea adresei autorității contractante privind oferta câștigătoare și obligarea acesteia la reevaluarea ambelor oferte finale, cu consecința reanalizării criteriului de atribuire, a factorilor de evaluare și stabilirea clasamentului final în funcție de cele două oferte finale, incluzând și pe cea depusă de ... SPA;

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

În cauza care formează obiectul prezentului dosar, s-a depus, în original, cererea de intervenție nr. 3505/05.10.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 52203/05.10.2021, formulată de către ..., în calitate de ofertant declarat câștigător în procedură, cu sediul în ul. ..., reprezentată convențional prin ..., având sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la ... în municipiul ..., prin care a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Prin Încheierea nr. 2494/C5/2542/29.09.2021, cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de ... SPA a fost respinsă, ca nefondată.

Prin Încheierea nr. 2814/C6/2542/01.11.2021, cererea de recuzare a membrilor Completului 5 formulată de către ... SPA a fost respinsă, ca nefondată.

Prin Încheierea nr. 2830/C7/2542/02.11.2021, cererea de abținere a domnului ... (membru Complet) a fost respinsă.

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

În conținutul contestației, ... SPA aduce la cunoștință istoricul desfășurării procedurii de atribuire și arată că, în etapa evaluării conformității propunerilor tehnice inițiale au rămas în competiție 2 oferte, respectiv, cea depusă de societatea sa și cea depusă de

Contestatoarea arată că, în timpul evaluării propunerilor financiare inițiale, comisia de evaluare a manifestat o conduită neconformă și nelegală, respingându-i oferta, ori, propunerea sa financiară trebuia să fie apreciată ca fiind una acceptabilă din punct de vedere al legislației achizițiilor publice, întrucât prețul ofertat inițial nu depășea valoarea de 10% din valoarea estimată. Prin urmare, nefiind vorba de o modificare a prețului, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să verifice dacă există sau nu posibilitatea de suplimentare a valorii acordului-cadru și, respectiv, să o întrebe dacă poate să-și ajusteze propunerea financiară finală.

Contestatoarea observă că autoritatea contractantă, prin adresa nr. 8444/01.02.2021, a solicitat Inspectoratului General de Aviație al M.A.I. precizări cu privire la existența/inexistența posibilității disponibilizării de fonduri pentru îndeplinirea acordului-cadru, raportat la propunerea financiară supusă analizei, răspunsul negativ fiind comunicat prin adresa nr. 4549/15.04.2021.

Astfel, în condițiile în care nu pot fi disponibilizate fonduri suplimentare, contestatoarea apreciază că membrii comisiei de evaluare trebuiau să o informeze cu privire la acest aspect, urmând a iniția negocierile referitor la oferta sa finală, inclusiv asupra propunerii financiare.

În acest context, ... SPA învederează că, în niciun moment autoritatea contractantă nu i-a comunicat aceste aspecte legate de propunerea sa financiară inițială, pentru a-i da posibilitatea de a-și ajusta prețul inițial ofertat, despre aceste demersuri și de lipsa disponibilizării de fonduri suplimentare din partea ..., aflând în data de 17.09.2021, o dată cu comunicarea raportului final al procedurii și al comunicării rezultatului procedurii, astfel că, în acest mod, au fost încălcate principiile nediscriminării și al tratamentului egal.

Contestatoarea opinează că, soluția de respingere ca inacceptabilă a propunerii sale financiare inițiale, apare ca fiind generată doar de o interpretare rigidă și nelegală a prevederilor art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016, ... fiind astfel privată de dreptul de a intra în negocieri directe cu autoritatea contractantă, precum și de dreptul de a depune oferta finală de preț, astfel cum s-a întâmplat, de altfel, în cazul ofertantului declarat câștigător, care, în urma negocierilor, a venit cu o nouă reducere de preț.

Contestatoarea susține nelegalitatea și netemeinicia adresei nr. 11309/17.09.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii și a Raportului procedurii nr. 11299/17.09.2021, în sensul că au fost greșit aplicate și interpretate prevederile art. 137 alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016, prin raportare la prevederile reglementate de art. 215 alin. (4) și art. 221 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, precum și la prevederile fișei de date și a Răspunsului consolidat la clarificări nr. 118.973/ 03.12.2020.

Contestatoarea invocă prevederile art. 137 alin. (2) lit. e) și art. 75 din HG nr. 395/2016, art. 215 alin. (4), art. 80 și art. 82 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele de la cap. IV.1.5 din fișa de date a achiziției, din care rezultă că ar fi trebuit apreciată, ca inacceptabilă, propunerea financiară care depășește cu mai mult de 10% valoarea estimată inițial de autoritatea contractantă și, nicidecum propunerea financiară care se încadrează sub pragul maxim de legiuitor, de până la 10% din valoarea estimată.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că oferta sa inițială urma să fie evaluată din punctul de vedere al conformității cu cerințele minime obligatorii și ulterior, era obligatorie inițierea de către autoritatea contractantă a etapei negocierii ofertei inițiale, pentru îmbunătățirea acesteia, nefiind permisă încheierea acordului-cadru fără negociere, doar

în baza ofertei inițiale. În acest sens, se face trimitere la documentația tehnică, conform căreia cerințele minime obligatorii nu includeau mențiunea ca prețul inițial ofertat să nu depășească valoarea estimată cu până la 10%, aceasta reprezentând, de altfel, o excepție reglementată expres de legiuitor prin prevederile legale mai sus enunțate, iar în cauză nu se poate vorbi de o modificare a prețului estimat, în condițiile în care:

- prețul său inițial se încadrează în limita inferioară, de până la 10% peste valoarea estimată;

- față de lipsa disponibilităților financiare, această situație trebuia adusă la cunoștința sa, cu precizarea dacă societatea își poate ajuta prețul inițial ofertat, având în vedere că aceasta nu era o condiție minimă obligatorie impusă prin documentația tehnică pentru a putea iniția etapa negocierilor;

- la atribuirea acordului-cadru se are în vedere criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și nu „prețul cel mai scăzut”;

- niciodată ... nu a afirmat, în scris, că propunerea financiară inițială este o ofertă finală, care nu ar mai putea fi îmbunătățită.

Contestatoarea opinează că, în cadrul unei proceduri de negociere competitivă, nu se poate pune semnul egalității între noțiunea de ofertă financiară „inițială” a ofertantului și care urma să fie îmbunătățită ca urmare a desfășurării negocierilor și noțiunea de ofertă financiară „finală”, astfel cum s-a întâmplat în speța de față. Totodată, se arată că, în cadrul unei astfel de proceduri, în care criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, sensul legii este acela că numai o ofertă finală poate fi respinsă dacă nu îndeplinește criteriul stabilit la art. 137 alin. (1) lit. e) și/sau f) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, prin urmare, o ofertă inițială care, prin excelență, este supusă negocierii, nu poate fi respinsă pe criteriul neîndeplinirii condiției impuse de art. 137 din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea învederează că, atât din lege, cât și din secțiunea B.4. din documentația de atribuire, rezultă că ofertele inițiale depuse de ofertanți sunt supuse negocierii, mai mult, documentația de atribuire precizează expres, la pct. B.4, 4.1, că autoritatea contractantă este ținută să organizeze întâlniri de negociere cu „fiecare” ofertant, or, în cazul de față, a invitat la negocieri doar societatea ...

Contestatoarea face trimitere și la pag. 11, penultim paragraf final, din raportul procedurii, de unde rezultă, în opinia acesteia, abordarea discriminatorie a autorității contractante, unde se precizează că „nu este necesar a solicita clarificări cu privire la propunerea financiară inițială depusă de ofertantul ...”.

Contestatoarea face trimitere și la Răspunsul consolidat la clarificări nr. 118.973/03.12.2020, răspunsul la întrebarea nr. 2, potrivit căruia „În cazul în care prețul fără TVA inclus în propunerea financiară va depăși valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare, comisia de evaluare va analiza aplicabilitatea prevederilor art. 137 alin. (2) lit. e) sau f) din Anexa la HG 395/2016” și subliniază că, în condițiile în care propunerea sa financiară inițială se încadra în limita maximă de până la 10% din prețul estimat, este evident că autoritatea contractantă trebuia

să o anunțe despre lipsa disponibilizării resurselor financiare suplimentare și să-i permită ajustarea prețului.

Un alt aspect susținut de contestatoare vizează nelegalitatea adreselor autorității contractante generată de încălcarea principiului tratamentului egal în privința evaluării ofertelor inițiale ale celor doi participanți.

Plecând de la motivarea autorității contractante din conținutul adresei privind comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii, contestatoarea observă că aceasta concluzionează faptul că nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului-cadru, devenind incidente prevederile reglementate de art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016. Prin urmare, începând cu data de 16.04.2021, autoritatea contractantă are la cunoștință o situație obiectivă, aplicabilă cu titlu general tuturor ofertelor financiare inițiale din procedură și, cu toate acestea, nu informează, ... SPA despre lipsa disponibilizării fondurilor suplimentare, solicitând clarificări asupra ofertei financiare inițiale și nici nu inițiază negocierile, ci, în mod preferențial și părtinitor, inițiază negocierile cu ...

Contestatoarea susține că, autoritatea contractantă, deși avea răspunsul Inspectoratului General de Aviației, începând din data de 16.04.2021, cu toate acestea, după data deschiderii ofertelor inițiale, respectiv 15.01.2021, și până la data de 17.09.2021, societatea sa nu a primit niciun fel de instrucțiuni cu privire la inițierea negocierilor directe.

Contestatoarea arată că, la data de 31.05.2021, a transmis o adresă către autoritatea contractantă, prin care a solicitat comunicarea instrucțiunilor pentru finalizarea procedurii negocierii competitive în condiții de legalitate, având în vedere că atât garanția de participare, cât și propunerea financiară inițială expirau la data de 31.07.2021, revenind, ulterior, la data de 23.06.2021 asupra aceleiași situații, însă autoritatea contractantă nu a dat curs.

Deși, prin adresa nr. 10404/06.07.2021, autoritatea contractantă i-a solicitat prelungirea garanției de participare, contestatoarea învederează că negocierile s-au desfășurat doar cu

În final, ... SPA critică și faptul că autoritatea contractantă a încălcat scopul și principiile care guvernează procedura achizițiilor publice, întrucât nu a fost realizată o evaluare obiectivă, de natură a asigura echilibrul și tratamentul egal tuturor ofertelor inițiale depuse în procedură.

... SPA solicită și acces la dosarul cauzei.

În dovedire, ... SPA a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 50658/27.09.2021, contestatoarea a remis dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 50870/28.09.2021, ... SPA a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 207539651/1 din 27.09.2021, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 2.002.500,00 lei.

Prin adresa nr. 50985/2542/C5/29.09.2021, Consiliul a solicitat autorității contractante înaintarea documentelor necesare soluționării contestației, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, oferta depusă de contestatoare, precum și dovezi privind publicarea în SEAP a contestației și transmiterea punctului de vedere.

De asemenea, prin adresa nr. 50986/2542/C5/29.09.2021, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită actul atacat, precum și dovada datei la care a luat cunoștință de actul atacat. Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul cauzei, Consiliul a înștiințat contestatoarea despre prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

... SPA a răspuns la solicitarea CNSC nr. 50986/2542/C5/29.09.2021, prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 51190/ 29.09.2021, depunând documentele solicitate.

... a transmis prin mijloace electronice (e-mail), adresa nr. 11502/01.10.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 51668/01.10.2021, reprezentând punctul de vedere referitor la contestația formulată de ... SPA.

Autoritatea contractantă arată că, în urma finalizării evaluării ofertelor inițiale, comisia de evaluare a declarat admisibilă doar oferta inițială depusă de ..., întrucât propunerea tehnică inițială a corespuns cerințelor minime prevăzute în documentul descriptiv. În ceea ce privește propunerea financiară inițială, aceasta s-a încadrat în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea acordului-cadru, a fost corelată cu elementele propunerii tehnice și nu s-a aflat în situația prevăzută la art. 210 din Legea nr. 98/2016, în timp ce oferta inițială depusă de ... SPA a fost declarată inadmisibilă, întrucât propunerea financiară inițială, în sumă de 299.000.000 euro, a depășit valoarea estimată cu 26.136.972 euro (9,58%) și nu a existat posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului-cadru.

În ceea ce privește fondul cauzei, autoritatea contractantă face trimitere la adresa nr. 118973/03.12.2020, prin care a informat candidații selectați pentru a participa la etapa a II-a a procedurii de atribuire că există riscul respingerii, ca inadmisibilă, a ofertei depuse inițial de către un operator economic, în cazul în care prețul indicat în propunerea financiară depășește valoarea estimată a acordului-cadru, astfel cum această valoare a fost prevăzută inițial în anunțul de participare. Se mai arată că, riscul respingerii ofertei, ca inadmisibilă, nu este determinat de o apreciere subiectivă a comisiei de evaluare, ci așa cum s-a precizat expres în răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 2, de eventuala incidență în speță a prevederilor art. 137 alin. (2) lit. e) sau f) din Anexa la HG nr. 395/2016.

În acest context, autoritatea contractantă subliniază că autoarea contestației a ofertat prin propunerea financiară inițială, suma de 299.000.000 euro fără TVA, depășind valoarea estimată și nu a existat posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare.

Autoritatea contractantă observă că ... SPA încearcă să inducă, în mod voit, în eroare Consiliul asupra situației de fapt și omite, în mod

intenționat, redarea integrală a solicitării de clarificare nr. 2, tocmai pentru a nu se observa că în cuprinsul acesteia se face trimitere la faza de ofertare inițială, solicitând a se proceda la o reevaluare a propunerii sale financiare tocmai cu încălcarea principiilor reglementate de art. 2 din Legea nr. 98/2016. Se mai arată că, în măsura în care răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 2 ar fi putut fi interpretat în sensul înaintat de contestatoare, acela de a se da posibilitatea operatorilor economici „să-și ajusteze prețul inițial ofertat, în cadrul unei oferte financiare finale, ca urmare a parcurgerii etapei negocierilor directe”, niciun participant în procedură nu ar mai fi înaintat o propunere financiară inițială la valoarea estimată, ci ar fi înaintat o propunere financiară cu până la 10% mai mare, în speranța unei achiziții cât mai avantajoase pentru acesta.

Întrucât, în procesul de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare nu are dreptul ca, prin acțiunile întreprinse, să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat, ... consideră că, în situația ipotetică în care comisia de evaluare ar fi declarat admisibilă oferta inițială a ... S.p.A, s-ar fi ajuns la vătămarea drepturilor și intereselor celorlalte două oferte, respectiv a ... și a ...SA, în sensul că, prin transmiterea către ... SPA a unei invitații la negocieri, ar fi condus la o favorizare a ofertantului în cauză, în detrimentul ... care a înțeles să respecte cerințele documentației de atribuire și să depună o ofertă inițială conformă și admisibilă, dar și a ...SA, căruia comisia de evaluare nu i-a permis modificarea ofertei în aceeași manieră în faza de evaluare.

Autoritatea contractantă învederează că, la evaluarea ofertelor, a ținut cont și de Ghidul achizițiilor publice emis de ANAP.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, evaluarea propunerilor financiare inițiale s-a realizat cu luarea în considerare a prevederilor art. 127 alin. (1) lit. h), art. 133 alin. (3), art. 136 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016 și a dispozițiilor art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În continuare, autoritatea contractantă face trimitere la procesul verbal nr. 8443/01.02.2021, din conținutul căruia rezultă că, în conformitate cu normele legale anterior amintite, comisia de evaluare a dezbătut problematica depășirii de către ... SPA a valorii estimate și a hotărât să se adreseze, în conformitate cu OUG nr. 68/2016, prin adresa nr. 8444/01.02.2021, conducerii Inspectoratului General de Aviație al MAI în vederea stabilirii existenței/inexistenței posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului-cadru, răspunsul acestei entități fiind comunicat prin adresa nr. 4549/ 15.04.2021, din care rezultă că nu își asumă disponibilizarea de fonduri suplimentare.

În ceea ce privește afirmațiile contestatoarei, potrivit cărora „Niciun moment autoritatea contractantă nu a comunicat ... aceste aspecte legate de propunerea sa financiară inițială”, respectiv, „... a aflat pentru prima dată despre aceste demersuri ale Comisiei de evaluare și de lipsa disponibilizării de fonduri suplimentare din partea ... /.../ abia în data de 17.09.2021”, autoritatea contractantă le apreciază ca fiind neîntemeiate, întrucât comisia de evaluare, în mod corect, a comunicat contestatoarei rezultatul procedurii, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, față de acest aspect, autoritatea

contractantă face precizarea că legiuitorul a eliminat obligația autorității contractante privind comunicarea pe faze de verificare, respectiv în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare ale propunerilor tehnice sau financiare.

Având în vedere cele mai sus prezentate, ... solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată și nefondată.

Punctul de vedere al autorității contractante nr. 11502/01.10.2021 a fost transmis în original și înregistrat la Consiliu sub nr. 51820/04.10.2021, fiind însoțit de o parte din dosarul achiziției publice și de ofertele operatorilor economici participanți la procedură.

În cauza care formează obiectul prezentului dosar, s-a depus, în original, cererea de intervenție nr. 3505/05.10.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 52203/05.10.2021, formulată de către ..., în calitate de ofertant declarat câștigător în procedură, prin care a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Intervenienta consideră contestația ca fiind neîntemeiată, arătând că autoarea acesteia a depus o ofertă inițială care depășește valoarea estimată a achiziției cu 9,58%, iar autoritatea contractantă a verificat posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare, solicitând Inspectoratului General de Aviație precizări în acest sens.

Intervenienta consideră că ... SPA a avut posibilitatea să solicite clarificări suplimentare autorității contractante anterior depunerii ofertelor inițiale cu privire la bugetul concret alocat proiectului, însă a preferat să-și asume un risc imens, pe care, de exemplu, ... nu l-a asumat, făcând tot posibilul pentru a se încadra în valoarea estimată a achiziției.

În acest sens, este invocată jurisprudența CNSC și a instanțelor de judecată.

... susține că membrii comisiei de evaluare au procedat la evaluarea propunerii tehnice și, ulterior, la evaluarea propunerii financiare prin verificarea respectării de către acestea a cerințelor impuse prin documentația de atribuire și precizează, totodată, că legiuitorul creează un cadru general de evaluare a admisibilității ofertelor, fără a distinge în funcție de tipul de procedură sau de natura juridică a ofertei. În egală măsură, nu există vreo prevedere legală care să excludă ofertele inițiale de la verificarea incidenței motivelor pentru care o ofertă este respinsă potrivit art. 215 alin. (4) - (5) din Legea nr. 98/2016 și, respectiv, art. 133 alin. (2) - (3) și art. 137 din HG nr. 395/2016.

Intervenienta aduce la cunoștință că aspectul privind respingerea ofertelor care nu se încadrează în valoarea estimată a achiziției a fost clarificat și prin intermediul răspunsurilor de clarificare. Mai consideră intervenienta că ... modifică conținutul art. 82 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, susținând că „oferta inițială a ... depusă în Procedura de negociere competitivă urma să fie evaluată din punct de vedere al conformității cu cerințele minime obligatorii stabilite de Autoritatea Contractantă conform documentației tehnice”, însă, Legea nr. 98/2016 nu limitează evaluarea ofertelor inițiale doar la propunerea tehnică și nici nu folosește exprimarea „conform documentației tehnice”, ci, dimpotrivă,

impune o evaluare a ofertelor inițiale prin raportare la cerințele minime stabilite conform art. 83 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Intervenienta observă afirmația contestatoarei, potrivit căreia „pentru ca o ofertă să fie considerată acceptabilă sau inacceptabilă, legiuitorul a instituit așadar criteriul marjei de 10% pentru oferta financiară ce depășește valoarea estimată a achiziției” și arată că acesta este, însă, temeiul pentru care o ofertă nu va fi respinsă în ipoteza existenței unor fonduri suplimentare care pot fi disponibilizate prin raportare la art. 137 alin. (2) lit. f) din HG nr. 395/2016, însă oferta ... a fost respinsă în baza art. 137 alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016 și nu în baza art. 137 alin. (2) lit. f) din același act normativ. Și sub acest aspect, intervenienta invocă jurisprudența CNSC.

... susține că, prețul ofertei inițiale depusă de ... este menționat suficient de clar și nu cuprinde erori aritmetice, sens în care nu putea fi corectat pentru erori aritmetice, acesta fiind singurul mecanism permis de lege pentru modificări ale propunerii financiare.

De asemenea, se mai arată și faptul că ... nu putea fi invitat la negocieri pe baza unei oferte inadmisibile deoarece aceasta ar fi determinat crearea șansei pentru acesta de a-și transforma oferta într-una admisibilă, ceea ce ar fi reprezentat un avantaj nejustificat și discriminatoriu acordat acestui ofertant. De plano, nu pot fi negociate oferte inadmisibile, scopul negocierilor constând în îmbunătățirea ofertelor inițiale, iar nu în remedierea aspectelor de neconformitate, o astfel de conduită fiind contrară principiilor achizițiilor publice.

Intervenienta solicită acces la dosarul cauzei.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 52212/05.10.2021, intervenienta a remis dovezile de transmitere a cererii de intervenție către părți.

Prin adresele nr. 52358/2542/C5/06.10.2021 și nr. 52359/2542/C5/ 06.10.2021, Consiliul a informat părțile că pot transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de ...

Prin adresa nr. 52857/2542/C5/08.10.2021, Consiliul a solicitat autorității contractante transmiterea Proceselor-verbale: nr. 9661/12.05.2021, nr. 9679/13.05.2021, nr. 9891/03.06.2021, nr. 10108/15.06.2021 și nr. 10498/14.07.2021, întrucât din verificarea documentelor transmise de aceasta prin adresa nr. 11502/01.10.2021, aceste documente nu s-au regăsit la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 11604/11.10.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 52979/11.10.2021, ... a răspuns la solicitarea CNSC nr. 52857/2542/C5/08.10.2021, comunicând procesele verbale solicitate.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 54038/14.10.2021, contestatoarea ... SPA a transmis susțineri față de punctul de vedere al autorității contractante și față de cererea de intervenție formulată de ...

În opinia contestatoarei, într-o procedură de negociere competitivă, în care ofertele inițiale îndeplinesc cerințele minime de conformitate impuse de autoritatea contractantă, cele două aspecte juridice (posibilitatea/imposibilitatea disponibilizării fondurilor suplimentare) trebuie abordate nuanțat, neputând fi aplicate, prin analogie, prevederile

generale referitoare la respingerea ofertelor ca inacceptabile, aplicabile oricărei proceduri de achiziție, în care ofertele transmise au caracter de oferte finale. Ca atare, trebuie analizate, de la caz la caz, informațiile prevăzute în documentația de atribuire, din care să rezulte în mod clar lipsa fondurilor suplimentare.

În speță, chiar dacă autoritatea contractantă are facultatea, și nu obligativitatea, ca la final, cu respectarea principiului eficientizării utilizării fondurilor publice, să decidă atribuirea acordului-cadru unui ofertant a cărui ofertă financiară inițială este sub valoarea estimată, cu toate acestea propunerea financiară inițială depusă de ... nu ar fi trebuit eliminată anterior parcurgerii etapei negocierilor și depunerii ofertei sale finale, numai după depunerea acesteia urmând să se decidă punctajul aferent ..., prin aplicarea factorilor de evaluare. Dacă propunerea financiară inițială ar fi fost menținută de ... ca și propunere financiară finală, s-ar fi impus respingerea ofertei, ca inacceptabilă, în condițiile art. 137 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 101/2016.

Observând totodată specificitatea procedurii de negociere competitivă, care permite negocierea directă, în cadrul etapei a II-a, a ofertelor inițiale admisibile, care îndeplinesc condițiile minime impuse, în vederea depunerii ofertei finale, contestatoarea apreciază că nu poate fi primită teza intervenientei expusă în sensul că ... ar fi avut posibilitatea solicitării de clarificări.

Pe de altă parte, contestatoarea consideră că nu pot fi primite susținerile părților, potrivit cărora autoritatea contractantă ar avea facultatea, și nu obligația, de a aduce imediat la cunoștința ofertanților inițiali din Procedură, rezultatul demersurilor efectuate în legătură cu posibilitatea/imposibilitatea disponibilizării unor fonduri suplimentare, în limita superioară de până la 10% din valoarea estimată, din următoarele motive:

- posibilitatea/imposibilitatea obiectivă a disponibilizării fondurilor suplimentare trebuie să fie opozabile ofertanților și nu numai autorității contractante, fiind necesar a fi cunoscute până la momentul depunerii de către aceștia a ofertelor finale, în deplină cunoștință de cauză;
- de esența procedurii negocierii competitive rămâne parcurgerea etapei negocierilor directe, dacă ofertele inițiale îndeplinesc criteriile minime impuse;
- criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”;
- propunerea financiară inițială a ... este una admisibilă, întrucât se încadrează în limita inferioară de până la 10% din valoarea estimată;
- niciodată ... nu a afirmat, în scris, că propunerea financiară inițială este o ofertă finală, care nu ar mai putea fi îmbunătățită;
- Răspunsul consolidat la clarificări nr. 118.973/03.12.2020 în sensul „analizării” aplicabilității prevederilor art. 137 alin. (2) lit. e) și f) din Anexa la HG nr. 395/2016, nu implică de facto, respingerea ca inadmisibilă a ofertei.

Contestatoarea solicită Consiliului să cenzureze teza intervenientei expusă în sensul că, în procedura negocierii competitive, legiuitorul nu ar face nicio distincție între noțiunea de ofertă inițială și ofertă finală, cea inițială trebuind să fie tratată ca o ofertă financiară finală, cu toate

consecințele ce decurg din această calificare, nemaifiind permisă îmbunătățirea acesteia în etapa negocierilor. Astfel, contestatoarea apreciază că nu acesta este sensul și scopul prevederilor exprese ale art. 82 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 atunci când stabilesc aspectul că oferta inițială conformă poate fi îmbunătățită pe parcursul negocierilor.

Contestatoarea apreciază ca fiind nefondate argumentele autorității contractante din punctul de vedere și opinează că legiuitorul lasă la aprecierea autorității contractante oportunitatea deciziei pentru semnarea acordului-cadru în condițiile unei propuneri financiare mai mari cu până la 10% din valoarea estimată, însă cu respectarea principiilor asumării răspunderii și a respectării eficienței utilizării fondurilor publice, precum și cu asigurarea obligatorie a surselor de finanțare. În nici un caz nu se pleacă de la premisa că în această situație s-ar încălca principiul eficienței utilizării fondurilor publice, de vreme ce, raportat la calitatea superioară a produselor și a echipamentelor ofertate de ..., prețul este la rândul său unul dinamic, având o bază reală și serioasă, și nu una fictivă, care să conducă la premisa implicită de încălcare a eficienței economice, cu păgubirea intereselor autorității contractante.

În continuare, contestatoarea reiterează argumentele din cererea sa introductivă.

Prin adresa nr. 55589/2542/C5/22.10.2021, Consiliul a invitat contestatoarea ... SPA la data de 26.10.2021, în vederea studierii dosarului cauzei.

Prin adresa nr. 55591/2542/C5/ 22.10.2021, Consiliul a invitat intervenienta ..., la data de 27.10.2021, în vederea studierii dosarului cauzei.

... SPA a transmis prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 56209/27.10.2021, o adresă prin care critică faptul că, CNSC nu a pus la dispoziția reprezentantului ... SPA, spre studiu, documentele integrale, efectuate în procedura de achiziție publică și solicită ca CNSC să-o permită accesul la procesele verbale intermediare, precum și la întrebările/clarificările adresate solicitate de comisia de evaluare ofertantului câștigător, pentru a fi verificată obiectivitatea, imparțialitatea și tratamentul egal aplicabil tuturor ofertanților de către comisia de evaluare, în comparație cu analiza ofertei inițiale a ... SPA. De asemenea, contestatoarea solicită prorogarea termenului stabilit pentru depunerea concluziilor scrise ca urmare a studierii dosarului la sediul CNSC. Consiliul a răspuns cererii contestatoarei, prin adresa nr. 56413/2542/C5/ 27.10.2021, prin care a informat-o că înscrisurile existente la dosar i-au fost puse la dispoziție în raport de criticile concrete formulate în cuprinsul contestației sale, respectiv cele vizând modalitatea de evaluare a ofertei ... SPA, astfel încât CNSC nu va încuviința un nou termen pentru studierea dosarului cauzei.

În ceea ce privește cererea de prorogare a termenului stabilit pentru depunerea concluziilor, având în vedere aspectele semnalate de către contestatoare în ultimele două paragrafe din cerere, Consiliul a încuviințat un nou termen, pentru data de 29.10.2021, ora 10:00.

Prin adresa nr. 3889/28.10.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 56680/29.10.2021, intervenienta ... a formulat concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției publice.

Intervenienta reamintește de răspunsul nr. 2 din clarificarea nr. 18973/03.12.2020 și susține că, în cazul în care ... îl considera nelegal, avea dreptul de a-l contesta în termenul prevăzut de cadrul legal aplicabil. Neprocedând în acest fel, ... a depus o ofertă inițială, asumându-și acest risc al respingerii în ipoteza în care nu pot fi identificate și disponibilizate fonduri suplimentare în cuantum de 9,58% din valoarea estimată a achiziției. Se mai arată că nici ... nu putea ignora propriul răspuns de clarificare și, contrar principiului transparenței, să declare admisibilă oferta inițială ... și să poarte negocieri asupra sa, asemenea conduită fiind nelegală.

Intervenienta invocă practica instanței de judecată și nota de fundamentare a HG nr. 834/2009, de unde rezultă că intenția legiuitorului a fost aceea de a constitui un drept al autorității contractante de a suplimenta valoarea alocată contractului, numai dacă consideră oportun, și nicidecum o obligație, în contextul în care în viziunea legiuitorului, a oferta un preț mai mare decât valoarea estimată constituie o abatere, iar autoritatea contractantă are dreptul de a trece cu vederea această abatere.

De asemenea, intervenienta consideră că nu există niciun temei legal care să îi permită autorității contractante, în cazul procedurii de negociere competitivă, să nu respingă oferte inițiale care sunt inadmisibile și, de altfel, nu există nicio prevedere legală care să excepteze ofertele inițiale de la verificarea condițiilor de admisibilitate impuse ofertelor în general.

... opinează că membrii comisiei de evaluare au procedat la evaluarea propunerii tehnice inițiale și, respectiv, a propunerii financiare inițiale prin verificarea respectării de către acestea a cerințelor impuse prin documentația de atribuire în conformitate cu art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Totodată, intervenienta menționează că nu există vreo prevedere legală care să excludă ofertele inițiale de la verificarea incidenței motivelor pentru care o ofertă este respinsă potrivit art. 215 alin. (4) - (5) din Legea nr. 98/2016 și, respectiv, art. 133 alin. (2) - (3) și art. 137 din HG nr. 395/2016. Obligația respingerii ofertei ... reprezintă o manifestare și a principiului tratamentului egal, în condițiile în care, prin opoziție, oferta depusă de ... respectă toate cerințele impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, inclusiv în ceea ce privește încadrarea în valoarea estimată a achiziției.

Mai mult, intervenienta consideră că, teza contestatoarei potrivit căreia a fost lipsită de dreptul de a negocia oferta inițială, este greșită, neexistând un asemenea drept în lipsa unei oferte inițiale admisibile. Dacă o ofertă inițială este inadmisibilă prin raportare la oricare dintre cazurile de respingere a ofertelor, negocierea sa ar determina încălcarea cadrului legal aplicabil în detrimentul ofertantului care a depus toate diligențele pentru a depune o ofertă inițială care să respecte toate cerințele documentației de atribuire. Interpretarea diferită ar conduce la

concluzia absurdă că, întotdeauna ofertanții pot depune oferte inițiale în negocieri competitive care să nu respecte cerințele de admisibilitate, pentru că, oricum, acestea nu sunt ofertele finale și abaterile de legalitate pot fi remediate prin negocieri. În contextul unei astfel de interpretări, ofertele inițiale ar avea întotdeauna propunerea financiară cu 10% mai mare decât valoarea estimată a achiziției pentru că nu sunt definitive și urmează să fie ajustate în etapa negocierilor, ceea ce nu reiese sub nicio formă nici din prevederile legale și nici din aplicarea principiilor achizițiilor publice.

Intervenienta învederează că ... SPA arată o înțelegere eronată și deficitară a noțiunii de „ofertă inițială” pe care o tratează ca fiind altceva decât o ofertă, simplul atribut că este „inițială” nu îi conferă vreun statut special și nici posibilitatea de a se sustrage de sub incidența aplicării vreunui motiv de inadmisibilitate.

În ceea ce privește susținerile ... SPA, potrivit cărora oferta inițială nu putea fi respinsă pentru că urmau negocieri în cadrul cărora aceasta se putea îmbunătăți, tind la crearea unei excepții de la prevederile legale potrivit cărora este inadmisibilă propunerea financiară care depășește valoarea estimată a achiziției. Nu există nicio prevedere legală în sensul pretins, nu există nicio prevedere legală care să stabilească faptul că în procedura negocierii competitive nu sunt respinse ofertele inițiale dacă depășesc valoarea estimată a achiziției, mai susține intervenienta, regulile comune de stabilire a admisibilității ofertelor fiind aplicabile deopotrivă atât ofertelor finale cât și ofertelor inițiale.

Restul argumentelor sunt reiterări din cererea sa introductivă.

Prin cererea datată 29.10.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 56818/29.10.2021, contestatoarea ... SPA a solicitat următoarele:

- repunerea ... în termenul procedural de a detalia/dezvolta motivele de neconformitate ale ofertei ..., declarată câștigătoare, astfel cum au fost solicitate inițial în cadrul capetelor de cerere din petitul contestației, ca urmare a studiului integral a dosarului de achiziție;

- admiterea cererii de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate ale ofertei ..., într-un termen rezonabil, de minim 3 zile, după permiterea studiului integral al dosarului de achiziție publică, privind actele procedurale întocmite de comisia de evaluare în procedură, cu excepția documentelor declarate confidențiale de către ofertanți;

- admiterea cererii ... pentru studiul integral al dosarului de achiziție, cuprinzând actele procedurale întocmite de comisia de evaluare, cu excepția documentelor confidențialitate de către ofertanții invitați în cadrul etapei a II-a procedurii;

- în subsidiar, admiterea contestației în privința constatării neconformității ofertei

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 56867/29.10.2021, autoritatea contractantă a comunicat faptul că ... SPA nu a solicitat accesul la dosarul achiziției publice.

Contestatoarea ... SPA a transmis, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 56882/29.10.2021, concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei.

În preambul, contestatoarea reamintește istoricul desfășurării procedurii de atribuire și învederează, în replică la cele afirmate de către intervenientă, faptul că a contestat oferta declarată câștigătoare în termenul procedural impus de art. 8 din Legea nr. 101/2016, prin urmare, neputând fi primită afirmația, potrivit căreia nu s-ar fi formulat vreun capăt de cerere pe acest aspect.

În ceea ce privește cererea privind repunerea în termenul procedural pentru dezvoltarea criticilor de nelegalitate ale ofertei declarată câștigătoare, expuse în petitele 2-5 ale contestației, ... SPA apreciază că devine incident art. 186 NCPC. De altfel, se arată că, de esență aplicării sancțiunii decăderii din dreptul de a dezvolta/detalia criticile de nelegalitate/neconformitate cu privire la oferta declarată câștigătoare, este instituția „comunicării/aducerii la cunoștință” despre actele procedurale întocmite de autoritatea contractantă cu privire la această ofertă. În acest sens, este invocată jurisprudența CJUE și cea a instanțelor de judecată, precum și dispozițiile art. 19 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

În continuare, autoarea contestației revine cu o nouă solicitare referitoare la accesul la dosarul cauzei și acordarea unui termen minim de 3 zile pentru dezvoltarea motivelor referitoare la oferta câștigătoare ..., după studierea dosarului.

Totodată, este reiterată solicitarea privind accesul la documentele procedurale întocmite de comisia de evaluare, constând în procesele verbale/rapoartele intermediare, precum și solicitările de clarificări adresate ofertantului declarat câștigător, întrucât nu există nicio prevedere legală în legislația achizițiilor publice, ori documentația de atribuire, care să permită autorității contractante sau CNSC confidențializarea integrală a actelor procedurale efectuate de comisia de evaluare.

Pe fondul cauzei, contestatoarea opinează că, într-o procedură de negociere competitivă trebuie analizate, de la caz la caz, informațiile prevăzute în documentația de atribuire, din care să rezulte în mod clar lipsa fondurilor suplimentare, această informație fiind necesar a fi adusă la cunoștința ofertanților, aceștia trebuind să beneficieze de o informare completă și corectă asupra bugetului aprobat pentru încheierea Acordului Cadru în vederea depunerii unei propuneri financiare finale în cunoștință de cauză.

Contestatoarea apreciază că adresa de răspuns din partea Inspectoratului General de Aviație nr. 4549/15.04.2021, deși nu este un act administrativ în sensul Legii nr. 554/2004, care să dea naștere, să modifice sau să stingă raporturi juridice, cu toate acestea răspunsul reprezintă o informare în cadrul unei operațiuni administrative care produce efecte juridice specifice în procedura de achiziție. Prin urmare, pentru respectarea principiului transparenței și tratamentului egal și nediscriminatoriu al ofertanților în fiecare etapa din procedură, era de esență ca autoritatea contractantă să comunice imediat acest răspuns

către ofertanți, sau să îl publice în SEAP, pentru a asigura o informare completă, corectă și explicită a ofertanților.

În speță, chiar dacă autoritatea contractantă are facultatea, și nu obligativitatea, ca la final, cu respectarea principiului eficientizării utilizării fondurilor publice, să decidă atribuirea acordului-cadru unui ofertant a cărui propunere financiară inițială este sub valoarea estimată a acordului-cadru, cu toate acestea propunerea financiară inițială depusă de ... nu ar fi trebuit eliminată anterior parcurgerii etapei negocierilor și depunerii ofertei sale finale.

Contestatoarea invocă prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, cele ale art. 137 alin. (2) lit. e) și f) din Anexa la HG nr. 395/2016, precum și cele ale art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Legea nr. 98/2016 și susține că, din interpretarea coroborată a acestora, se trage concluzia că o propunere financiară, al cărei preț este superior valorii estimate a acordului-cadru, nu ar trebui să fie de plano considerată ca fiind inacceptabilă, fiind necesară, în prealabil, verificarea îndeplinirii condițiilor anterior menționate, comunicarea rezultatului acestor verificări asupra fondurilor suplimentare, ofertantului respectiv și confirmării dacă propunerea financiară inițială este sau nu menținută ca ofertă finală.

Mai mult, contestatoarea face din nou trimitere la Răspunsul consolidat la clarificări nr. 118.973/03.12.2020 și subliniază că nu poate fi de acord cu opinia autorității contractante și a intervenientei în sensul că, anterior depunerii ofertelor inițiale, prin răspunsul la clarificări, autoritatea contractantă ar fi adus la cunoștința ofertanților aspectul că propunerile financiare care depășesc valoarea estimată, chiar în limita de 10% peste valoarea estimată a acordului-cadru, vor fi respinse, de plano, ca inacceptabile. În cazul în care s-ar îmbrățișa acest punct de vedere, ar însemna că răspunsul la clarificări trebuia să prevadă în mod ferm și clar faptul că o propunere financiară superioară, indiferent de limita acesteia, va fi respinsă de drept ca inacceptabilă, nefiind permisă suplimentarea fondurilor. Or, tocmai demersurile efectuate de autoritatea contractantă pentru identificarea posibilității suplimentării fondurilor confirmă că, la data depunerii ofertelor inițiale, nu se cunoștea acest aspect din partea ..., fapt ce trebuia adus la cunoștința ofertanților inițiali imediat ce a fost cunoscut.

Contestatoarea susține și faptul că, legea nu obligă ofertanții să prezinte oferte în limita inferioară bugetului estimat, ci oferă, prin art. 137 din Anexa la HG nr. 395/2016, dreptul depunerii unei oferte în limita marjei de până la 10% peste buget.

... SPA menționează că respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, putea fi analizată și dispusă numai cu privire la o propunere financiară finală, care nu ar mai fi putut fi îmbunătățită, în urma comunicării rezultatului privind lipsa existenței fondurilor financiare suplimentare. Astfel, apreciază că, autoritatea contractantă urma să facă o astfel de analiză numai cu privire la ofertele finale și, nicidecum, la momentul analizării criteriilor minime impuse pentru admisibilitatea ofertelor inițiale.

În continuare, contestatoarea reiterează aceleași argumente din cererea sa introductivă.

Prin adresa nr. 3920/01.11.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 57110/01.10.2021, intervenienta ... a formulat „Note scrise” ca urmare a cererii contestatoarei de repunere în termen, prin care a solicitat respingerea acesteia, întrucât CNSC nu poate crea un nou termen de contestare și nici nu are competența să repună în termenul de contestare vreun contestator.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

În prezenta cauză atât contestatoarea ... SPA cât și intervenienta ... au solicitat, în conformitate cu dispozițiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, acces la documentele dosarului constituit la CNSC.

Având în vedere solicitarea adresată Consiliului de contestatoarea ... SPA de a studia dosarul cauzei la sediul CNSC și luând în considerare mențiunile ofertantului ... privind informațiile confidențiale din cadrul Scrisorii de înaintare a ofertei, Consiliul a efectuat următoarele demersuri în vederea stabilirii documentelor ce vor fi puse la dispoziția contestatoarei pentru a fi studiate la sediul CNSC, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel:

Prin adresa nr. 52859/2542/C5/08.10.2021, Consiliul a solicitat ofertantului ... următoarele:

«Având în vedere solicitarea ... Spa de studiere a dosarului cauzei la sediul CNSC și mențiunile dvs. privind informațiile confidențiale, din cadrul Scrisorii de înaintare a ofertei, depusă la dosarul cauzei de autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă solicităm să ne precizați, în mod expres, care documente sunt confidențiale, să ne comunicați temeiul juridic al încadrării acestor înscrisuri ca fiind confidențiale, să probați, respectiv, să prezentați dovada care conferă caracter de „confidențialitate” informațiilor indicate de dvs. ca atare, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare (...)”».

... a răspuns prin adresa nr. 3601/11.10.2021, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 53302/12.10.2021 și, respectiv, sub nr. 53439/12.10.2021, prin care a invocat caracterul inadmisibil al cererii de studiere a înscrisurilor depuse de societatea sa, întrucât oferta sa și evaluarea acesteia nu formează obiectul contestației formulată de ... SPA, nefiind formulat niciun fel de capăt de cerere în acest sens, de altfel, în cuprinsul contestației neexistând niciun fel de critici aduse cu privire la evaluarea și admisibilitatea ofertei sale.

Intervenienta subliniază că propunerea tehnică și cea financiară, inclusiv toate răspunsurile de clarificare, precum și toate înscrisurile transmise comisiei de evaluare în cadrul negocierilor sunt vizate de același caracter confidențial, inclusiv propunerile sale de modificare a clauzelor contractuale și, în egală măsură, secțiunile din procesele-verbale ale comisiei de evaluare în care sunt menționate, indicate sau referite în orice fel informații aferente ofertei sale. Propunerile de modificare a clauzelor contractuale au format, între altele, obiectul

negocierilor, conținând atât elemente financiare, cât și tehnice aflate în strânsă legătură cu prețul final al ofertei sale și, respectiv, cu soluțiile tehnice propuse, din acest punct de vedere, punerea acestora la dispoziția competitorului său având aptitudinea de a-i crea acestuia un avantaj nejustificat, nelegal și vădit discriminatoriu.

Intervenienta precizează importanța deosebită a faptului că înscrisurile declarate confidențiale conțin informații și date supuse regimului special prevăzut de regulamentele ITAR, care reprezintă cadrul legal al Statelor Unite ale Americii de instituire a regimului obligatoriu de restricționare și control al exportului de tehnologie militară și de apărare în vederea protejării intereselor de securitate națională a SUA, precum și de implementare a obiectivelor politicii externe a acestora. Accesarea de către oricare entităţi non-SUA a acestor informații și date este strict interzisă cu excepția entităților expres prevăzute în cererea și respectiv licența de export, iar ... Spa nu este inclus în cadrul entităților autorizate în acest sens.

Se mai arată că documentele declarate confidențiale conțin informații și soluții tehnice speciale, adaptate în mod specific obiectului acestei proceduri de atribuire, soluții ce au fost dezvoltate cu ajutorul know-how-ului consolidat al societăților sale și care nu sunt publice, neregăsindu-se pe site-ul său ori în broșurile de prezentare sau informare. Această experiență s-a materializat în prezenta procedură de atribuire prin soluțiile descrise în propunerea tehnică și în cea financiară și a celorlalte documente aferente ofertei, care țin strict de organizarea internă a societății sale, în ceea ce privește managementul, soluțiile tehnice identificate și metodele de lucru aplicabile - adică know-how și secrete tehnice/comerciale costisitoare.

În dovedirea caracterului confidențial, ... a prezentat înscrisuri structurate în patru anexe, inclusiv traducerea acestor informații în limba română.

Având în vedere solicitarea adresată Consiliului de intervenienta ... de a studia dosarul cauzei la sediul CNSC și luând în considerare mențiunile ... SPA privind informațiile confidențiale, din cadrul propunerii tehnice și propunerii financiare, Consiliul a efectuat următoarele demersuri în vederea stabilirii documentelor ce vor fi puse la dispoziția intervenientei pentru a fi studiate la sediul CNSC, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel:

Prin adresa nr. 52858/2542/C5/08.10.2021, Consiliul a solicitat ... SPA următoarele:

«Având în vedere solicitarea ... de studiere a dosarului cauzei la sediul CNSC și mențiunile dvs. privind informațiile confidențiale, din cadrul propunerii tehnice și propunerii financiare, depuse la dosarul cauzei de autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă solicităm să ne precizați, în mod expres, care documente sunt confidențiale, să ne comunicați temeiul juridic al încadrării acestor înscrisuri ca fiind confidențiale, să probați, respectiv, să prezentați dovada care conferă caracter de „confidențialitate” informațiilor indicate de dvs. ca atare, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, (...)».

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 53071/11.10.2021, contestatoarea ... SPA a răspuns, susținând că propunerea tehnică și modalitatea de stabilire și elementele care au condus la propunerea financiară inițială sunt declarate confidențiale.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2015, coroborate cu cele ale art. 65 alin. (1) și art. 217 alin. (6) teza finală din Legea nr. 98/2016, precum și art. 19 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016. Se face trimitere și la Ghidul de Conformare cu Regulile de Concurență, publicat pe site-ul Consiliului Concurenței.

Contestatoarea precizează că propunerea sa tehnică se referă nu numai la echipamentele tehnice produse și/sau furnizate de ..., în mod direct, sau prin furnizorii săi în calitate de producători, dar cuprinde referiri detaliate asupra unui produs final integrat, care este o soluție standard proprietară a ..., toate acestea fiind protejate de secretul comercial și de proprietatea intelectuală, iar accesarea acestor informații ar conduce la încălcarea normelor de concurență loială.

Într-o astfel de ipoteză, marjând pe teza juridică a prevalenței respectării principiului transparenței, precum și a principiului contradictorialității în cadrul contestației formulate, contestatoarea consideră că drepturile și interesele sale vor fi lezate în mod direct și iremediabil, ambele societăți fiind expuse încălcării normelor de concurență.

Contestatoarea invocă jurisprudența CJUE.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 54305/15.10.2021, contestatoarea ... SPA a remis documente, în limba engleză, în susținerea caracterului confidențial al propunerii tehnice și a structurii propunerii financiare, fapt pentru care, prin adresa nr. 54684/2542/C5/19.10.2021, Consiliul i-a solicitat să transmită traducerea, în limba română, a părților pe care la consideră relevante din documentele anexate.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 55282/21.10.2021, ... SPA a remis Consiliului traducerile, în limba română, ale înscrisurilor, înregistrate la Consiliu sub nr. 54305/15.10.2021

Consiliul apreciază că în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte este relevantă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, în considerentele căreia s-a statuat:

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

- protecția secretelor comerciale constituie un principiu general;

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

- având în vedere prejudiciul care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora;

- **organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.**

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția contestatoarei ... SPA care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, următoarele documente:

- propunerea tehnică și propunerea financiară a ofertantului desemnat câștigător (...), întrucât acestea au fost declarate confidențiale;

- răspunsurile la solicitările de clarificări în legătură cu acestea;

- lucrările Comisiei de evaluare în legătură cu acest ofertant;

- alte documente marcate de autoritatea contractantă ca fiind confidențiale,

întrucât în cadrul contestației ... SPA formulează critici concrete doar cu privire la decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, astfel încât analizarea ofertei depusă de ... sau de alți participanți la procedură, apare ca fiind lipsită de interes în raport de criticile formulate.

Pentru a decide astfel, Consiliul a apreciat ca fiind relevant probatoriul administrat la dosarul cauzei de către intervenienta ... în dovedirea caracterului confidențial al informațiilor indicate ca atare de acest ofertant și a aplicat principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând contestatoarei ... SPA care, la rândul ei, a invocat caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, precum și al răspunsurilor la clarificări, accesul la documentele similare ale intervenientei ...

S-a avut în vedere (dat fiind tipul procedurii de atribuire aplicată de autoritatea contractantă) și evitarea obținerii de către ... SPA cu ocazia studierii dosarului constituit la CNSC a unor informații apte de a-i crea apariția unui avantaj în cazul în care contestația sa ar fi admisă, iar consecința ar fi invitarea acestei societăți la negocieri), astfel încât derularea procedurii de atribuire să se poată realiza, într-o astfel de ipoteză, în condiții egale pentru ambii competitori, precum și faptul că prin adresa nr. 50985/2542/C5/29.09.2021, Consiliul nu a solicitat

autorității contractante și transmiterea ofertei depusă de ... sau a celor depuse de alți participanți la procedură, cu excepția ofertei depusă de contestatoarea ... SPA.

Desigur, în condițiile art. 217 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public, iar accesul persoanelor la dosarul achiziției publice se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.

În consecință, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei ... SPA, care a studiat dosarul cauzei la sediul CNSC, toate documentele transmise de către autoritatea contractantă, **mai puțin:**

- propunerea tehnică și financiară a ofertantului ... (vol. 11/19; vol. 12/19; vol. 13/19; vol. 17/19; vol. 18/19 – transmise de către autoritatea contractantă, înregistrate la CNSC sub nr. 51820/04.10.2021);

- documente suport DUAЕ - ... – vol. 7/19 (pag. 1 – 225) - marcate de autoritatea contractantă ca fiind confidențiale;

- documente suport - .. – vol. 8/19 - marcate de autoritatea contractantă ca fiind confidențiale;

- documente care demonstrează caracterul confidențial al ofertei ..., solicitările de clarificări, răspunsurile la acestea și procesele verbale încheiate pentru ..., inclusiv anexe, transmise de autoritatea contractantă, înregistrate la CNSC sub nr. 51820/04.10.2021 (vol. 1/19: pag. 257-384; vol. 4/19: pag. 52-59, pag. 96, pag. 207-253; vol. 6/19: pag. 43-50; pag. 142-143; vol. 9/19: pag. 2-4; pag. 213 verso - 217; pag. 256-258); vol. 14/19: pag. 21-28; pag. 61-86; pag. 100-105; pag. 111-209; vol. 16/19: pag. 1-92; pag. 102-116; pag. 123 – 174; pag. 192-240; pag. 253-254 și vol. 19/19: pag. 1-4; pag. 9-10; pag. 47-141);

- procesele verbale de negociere încheiate pentru ... [vol. 2/19 – Opis dosar nr. 1 (pag. 1-32); Opis dosar nr. 2 (pag. 1-12)] – transmise de către autoritatea contractantă, ca urmare a adresei CNSC nr. 52857/2542/C5/08.10.2021, înregistrate la Consiliu sub nr. 52979/11.10.2021).

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția intervenientei ... care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, propunerea tehnică și propunerea financiară a contestatoarei ... SPA întrucât acestea au fost declarate confidențiale și nici răspunsurile la solicitările de clarificări în legătură cu acestea.

Pentru a decide astfel, Consiliul a apreciat ca fiind relevant probatoriul administrat la dosarul cauzei de către contestatoarea ... SPA în dovedirea caracterului confidențial al informațiilor indicate ca atare de acest ofertant și a aplicat principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând intervenientei ...

care, la rândul ei, a invocat caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, precum și al răspunsurilor la clarificări, accesul la documentele similare ale contestatoarei ... SPA.

În consecință, Consiliul a pus la dispoziția intervenientei ..., care a studiat dosarul cauzei la sediul CNSC, toate documentele transmise de către autoritatea contractantă, **mai puțin:**

- propunerea tehnică și financiară a ofertantului ... SPA (vol. 10/19 – documentele transmise de către autoritatea contractantă, înregistrate la CNSC sub nr. 51820/04.10.2021);

- documente suport DUAЕ - ... SPA – vol.7/19 (pag. 226-407) - marcate de autoritatea contractantă ca fiind confidențiale;

- documente suport .. – vol. 8/19 - marcate de autoritatea contractantă ca fiind confidențiale;

- răspunsurile la solicitările de clarificări depuse de către ... SPA (vol. 1/19: pag. 75-102; vol. 4/19: pag. 121-206; vol. 6/19: pag. 94-115; vol. 9/19: pag. 40-163 și vol. 16/19: pag. 188-189).

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părțile, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „negociere competitivă”, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Elicopter mediu/greu multifuncțional maritim Elicopter mediu/greu multifuncțional pentru uscat”, cod CPV 34711500-9 (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ..., stabilind, inițial, „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare”, la data de 15.06.2020 ora 15:00, iar deschiderea ofertelor la data de 06.08.2020, ora 12:00 (la sediul ...), criteriul de atribuire - „cel mai bun raport calitate – preț”, valoarea estimată, fără TVA - cuprinsă între 93.502.712,00 EURO - 272.863.028,00 EURO, iar valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent fiind de 136.431.514,00 EURO, fără TVA.

Ulterior, prin anunțul de tip erată ..., „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” a fost modificat de la data de 15.06.2020 ora 15:00, la data de 29.06.2020 ora 15:00, iar prin anunțul de tip erată ..., data deschiderii ofertelor a fost modificată de la data de 06.08.2020, la data de 20.08.2020.

Așa cum rezultă din Procesul verbal nr. 117065/30.06.2021, încheiat cu ocazia deschiderii plicurilor ce conțin solicitările de participare, în cadrul procedurii au fost depuse 4 oferte.

Prin Raportul procedurii nr. 11299/17.09.2021, membrii comisiei de evaluare au declarat o singură ofertă admisibilă și, aplicând criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate – preț”, au declarat câștigătoare oferta depusă de ..., cu o valoare de 269.904.000 euro, fără TVA, în timp ce oferta depusă de ... SPA a fost declarată inacceptabilă, în temeiul „art. 137 alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016”.

Prin adresa nr. 11309/17.09.2021, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei ... SPA rezultatul procedurii de atribuire, respectiv respingerea ofertei acesteia.

Fiind nemulțumită de decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ... SPA a sesizat Consiliul prin contestația care formează obiectul prezentului dosar.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 50870/28.09.2021, ... SPA a făcut dovada constituirii cauțiunii conform dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, depunând, în original, Recipisa de consemnare nr. 207539651/1 din 27.09.2021, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 2.002.500,00 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În cauza care formează obiectul prezentului dosar, ... (în calitate de ofertant desemnat câștigător în cadrul procedurii), a depus, în original, cererea de intervenție nr. 3505/05.10.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 52203/05.10.2021, prin care a solicitat respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulată de ... SPA.

Consiliul constată că această cerere de intervenție a fost formulată cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 *[„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației”]*, în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 27.09.2021, contestația formulată de ... SPA, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de **07.10.2021**, rezultând astfel că această cerere de intervenție transmisă Consiliului, autorității contractante și contestatoarei la data de **05.10.2021**, a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece sprijină poziția autorității contractante, în sensul că solicită respingerea contestației formulată de ... SPA.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, oferta depusă de ... a fost desemnată câștigătoare, iar cererea sa privește respingerea contestației formulată de ... SPA, deci implicit menținerea deciziei autorității contractante cu privire la oferta sa depusă în cadrul procedurii de atribuire, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ...

Preliminar, analizării fondului cauzei Consiliul urmează a se pronunța cu privire la cererea contestatoarei înregistrată la CNSC sub nr.

56818/ 29.10.2021 de repunere în termenul procedural de a detalia/dezvolta motivele de neconformitate ale ofertei ... „astfel cum au fost solicitate inițial în cadrul capetelor de cerere 2-5 din petitul contestației, ca urmare a studiului integral a dosarului de achiziție”.

În cadrul aceleiași cereri, contestatoarea solicită și:

- „admiterea cererii de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate ale ofertei ..., într-un termen rezonabil de minim 3 zile, după permiterea studiului integral a dosarului de achiziție publică, privind actele procedurale întocmite de Comisia de evaluare în procedură, cu excepția documentelor declarate confidențiale de către ofertanți, urmând a comunica această detaliere tuturor părților din dosarul 2542/C5/2021”;

- „admiterea cererii ... pentru studiul integral al dosarului de achiziție, cuprinzând actele procedurale întocmite de Comisia de evaluare, cu excepția documentelor confidențiale de către ofertanții invitați în cadrul etapei a II-a a Procedurii”;

- „În subsidiar, dacă veți trece peste cererile formulate (...), vă rugăm să admiteți contestația ... în privința constatării neconformității ofertei ..., astfel cum au fost solicitate inițial prin petitele 2-5 din contestație, punctajul acordat acestei oferte finale de către Autoritatea Contractantă fiind unul eronat și nelegal, și pe care îl contestăm, în mod ferm, urmând a dispune măsurile de remediere ce se impun pentru stabilirea legalității Procedurii, cu respectarea tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici din procedură”.

Analizând contestația care formează obiectul prezentului dosar, Consiliul constată că în cadrul acesteia ... SPA formulează critici concrete doar cu privire la decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, obiectul contestației, respectiv solicitarea/solicitățile adresate Consiliului în raport de actul atacat, fiind următoarele:

- anularea adresei nr. 11309/17.09.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire;

- anularea parțială a Raportului procedurii nr. 11299/17.09.2021, numai în ceea ce privește analiza propunerii financiare inițiale a ... SPA, precum și în privința analizei și declarării, ca ofertă câștigătoare, a ofertei finale depusă de ..., cu consecința reluării procedurii în privința propunerii tehnice și financiare depusă de ... SPA din stadiul rămas nefinalizat în cadrul etapei a II-a a procedurii, cu acordarea posibilității ... de a putea formula și depune ofertă finală;

- ca urmare a analizei argumentelor de nelegalitate și netemeinicie ale procedurii, în privința propunerii financiare inițiale a ... SPA, anularea tuturor actelor subsecvente, emise ulterior celor două adrese amintite, a tuturor actelor și rapoartelor intermediare emise de comisia de evaluare și a Raportului final al procedurii, cu consecința obligării autorității contractante la dispunerea măsurilor de remediere constând în inițierea negocierilor directe a ofertei sale inițiale și acordării posibilității depunerii ofertei finale;

- obligarea autorității contractante la dispunerea măsurilor ce se impun pentru restabilirea legalității procedurii, cu respectarea principiilor care guvernează materia achizițiilor publice: nediscriminarea,

tratamentul egal și transparența, cu obligarea autorității contractante la stabilirea ofertei câștigătoare cu luarea în calcul a ofertei finale a ... SPA;

- anularea adresei autorității contractante privind oferta câștigătoare și obligarea acesteia la reevaluarea ambelor oferte finale, cu consecința reanalizării criteriilor de atribuire, a factorilor de evaluare și stabilirea clasamentului final în funcție de cele două oferte finale, incluzând și pe cea depusă de ... SPA.

În cadrul contestației, autoarea acesteia nu formulează niciun fel de critici cu privire la evaluarea ofertei depusă de ... (neconformitatea/punctarea eronată a acestei oferte), solicitările din cadrul capetelor de cerere referitoare la oferta câștigătoare, fiind o consecință firească, în situația în care contestația formulată de ... SPA ar fi admisă.

Necriticând în niciun fel oferta desemnată câștigătoare, Consiliul nu a apreciat ca necesară aplicarea dispozițiilor art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care prevede următoarele: „În situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la art. 10, acesta cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația este anulată”.

Așa cum Consiliul a arătat deja la pag. 20-21 a prezentei decizii, **a decis să nu pună la dispoziția contestatoarei ... SPA** care și-a manifestat dorința de a studia dosarulul cauzei, următoarele documente:

- propunerea tehnică și propunerea financiară a ofertantului desemnat câștigător (...), întrucât acestea au fost declarate confidențiale;

- răspunsurile la solicitările de clarificări în legătură cu acestea;

- lucrările Comisiei de evaluare în legătură cu acest ofertant;

- alte documente marcate de autoritatea contractantă ca fiind confidențiale,

întrucât în cadrul contestației ... SPA formulează critici concrete doar cu privire la decizia autorității contractante de a respinge oferta sa, astfel încât analizarea ofertei depusă de ... sau de alți participanți la procedură, apare ca fiind lipsită de interes în raport de criticile formulate.

Pentru a decide astfel, Consiliul a apreciat ca fiind relevant probatoriul administrat la dosarul cauzei de către intervenienta ... în dovedirea caracterului confidențial al informațiilor indicate ca atare de acest ofertant și a aplicat principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nepermițând contestatoarei ... SPA care, la rândul ei, a invocat caracterul confidențial al propunerii tehnice și financiare, precum și al răspunsurilor la clarificări, accesul la documentele similare ale intervenientei ...

S-a avut în vedere (dat fiind tipul procedurii de atribuire aplicată de autoritatea contractantă) și **evitarea obținerii de către ... SPA cu ocazia studierii dosarului constituit la CNSC a unor informații apte de a-i crea apariția unui avantaj în cazul în care contestația sa ar fi admisă**, astfel încât derularea procedurii de atribuire să se poată realiza, într-o astfel de ipoteză, în condiții egale pentru ambii competitori, precum și faptul că prin adresa nr.

50985/2542/C5/29.09.2021, Consiliul nu a solicitat autorității contractante și transmiterea ofertei depusă de ... sau a celor depuse de alți participanți la procedură, cu excepția ofertei depusă de contestatoarea ... SPA.

Consiliul apreciază că nu a fost încălcat dreptul la apărare al contestatoarei ... SPA de vreme ce aceasta a avut acces la informațiile complete în baza cărora Comisia de evaluare a luat decizia de a respinge oferta acesteia.

Relevant în legătură cu acest aspect este și faptul că anterior sesizării Consiliului, autoarea contestației **nu a solicitat** autorității contractante, conform dispozițiilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, acces la dosarul achiziției.

Având în vedere aspectele anterioare, Consiliul va respinge cererea contestatoarei de repunere în termenul procedural de a detalia/dezvolta motivele de neconformitate ale ofertei ..., luând în considerare și dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele: *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*, în speță nefiind incidente dispozițiile art. 186 din Codul de procedură civilă.

În acest sens, se reține că posibilitatea părților de a depune concluzii scrise [prevăzută de art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016] nu se identifică cu posibilitatea de a completa contestația cu motivarea în fapt, element esențial al acesteia. Chiar dacă legiuitorul a prevăzut posibilitatea părților de a avea acces la dosarul constituit la Consiliu, acest lucru nu poate reprezenta un motiv de derogare de la caracterul imperativ al termenului în care trebuie invocate neregularitățile procedurii de atribuire.

Motivarea contestațiilor sau soluționarea lor nu trebuie să depindă de eventuala acceptare a cererii de studiere a dosarului. Contestațiile sunt și rămân o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți, cum s-a arătat anterior.

Pe de altă parte, pentru a putea fi primite aceste precizări era necesar ca ele să fie înaintate înăuntrul termenului de contestare, situație care nu se confirmă în cazul de față, termenul de contestare al rezultatului procedurii fiind cu mult depășit în prezent.

Practica invocată de contestatoare, respectiv decizia civilă nr. 8103/03.11.**2014** a Curții de Apel București – Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, este irelevantă cauzei care a fost soluționată în baza legislației anterioare - Ordonanța de urgență nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (în vigoare de la 30 iunie 2006 până la **25 mai 2016**) – act normativ care nu prevedea o dispoziție similară art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Așa cum rezultă din Procesul verbal nr. 117065/30.06.2021, încheiat cu ocazia deschiderii plicurilor ce conțin solicitările de participare, în cadrul procedurii au fost depuse 4 oferte (... S.p.A., ..., ... și ...).

După finalizarea primei etape a procedurii de negociere competitivă toți candidații care au depus o solicitare de participare au fost selectați pentru a participa la etapa a II-a iar autoritatea contractantă a emis Raportul intermediar al etapei privind selecția candidaților nr. 118.808/11.11.2020 (document asupra căruia ANAP a emis Avizul conform necondiționat nr. 4983/9422/18.11.2020) și a transmis, tuturor celor patru candidați, comunicări privind rezultatul primei etape și invitația de participare la etapa a II-a.

Ca răspuns la invitația de participare la etapa a doua a procedurii de atribuire nr. 118872/19.11.2020, următorii operatori economici au depus oferte inițiale:

- ... S.p.A.;
- ...S.A.;
- ...

Operatorul economic ... (candidat selectat pentru a participa la etapa a II-a a procedurii de atribuire) a adus la cunoștința autorității contractante faptul că renunță la depunerea unei oferte.

În urma finalizării evaluării ofertelor inițiale, astfel cum rezultă și din conținutul procesului verbal nr. 9370/16.04.2021, comisia de evaluare a declarat admisibilă doar oferta inițială depusă de ..., întrucât propunerea tehnică inițială a corespuns cerințelor minime prevăzute în documentul descriptiv iar propunerea financiară inițială s-a încadrat în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea acordului-cadru, a fost corelată cu elementele propunerii tehnice și nu s-a aflat în situația prevăzută la art. 210 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește oferta inițială a ofertantului ...S.A., comisia de evaluare a declarat-o neconformă [în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016] și a respins-o în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Propunerea financiară inițială depusă de ofertantul ...S.A., în sumă de 256.946.000,00 euro fără TVA, nu a acoperit cantitatea maximă estimată a acordului-cadru [12 elicoptere din care 4 (patru) „Elicoptere medii/grele multifuncționale maritime” și 8 (opt) „Elicoptere medii/grele multifuncționale pentru uscat”], ofertându-se doar 8 (opt) elicoptere din care 3 (trei) buc. „Elicoptere medii/grele multifuncționale maritime” și 5 (cinci) buc. „Elicoptere medii/grele multifuncționale pentru uscat”.

În ceea ce privește oferta inițială a ofertantului ... S.p.A. comisia de evaluare a declarat-o inacceptabilă [în baza art. 137 alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016] și a respins-o în baza art. 137 alin. (1) din același act normativ. Propunerea financiară inițială depusă de ofertantul ... S.p.A. în sumă de 299.000.000,00 euro fără TVA aferentă cantității de 12 elicoptere a depășit valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare, cu 26.136.972,00 euro (9,58%) și nu a existat posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului cadru.

Ca urmare a acestei situații, Comisia de evaluare a invitat la negocieri și, respectiv, să depună oferta finală, doar ofertantul ...

După finalizarea etapei a II-a a procedurii de negociere competitivă, autoritatea contractantă a emis Raportul procedurii nr. 11299/17.09.2021 prin care membrii comisiei de evaluare, aplicând criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate – preț”, au declarat câștigătoare oferta depusă de ..., cu o valoare de 269.904.000 euro, fără TVA, în timp ce oferta depusă de ... SPA a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016”.

Cu privire la modul de desfășurare a etapei a II-a a procedurii de negociere competitivă, Agenția Națională pentru Achiziții Publice a emis următoarele avize:

- Avizul conform necondiționat nr. 4983/19367/16.09.2021, pentru controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei de evaluare referitoare la evaluarea propunerilor tehnice și a conformității acestora, conform listelor de verificare, a Proceselor verbale nr. 9370/16.04.2021 și nr. 11232/13.09.2021, a raportului procedurii publicat în SEAP în data de 13.09.2021,

- Avizul conform necondiționat nr. 4983/19368/16.09.2021, pentru controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei de evaluare referitoare la evaluarea propunerilor financiare și a conformității acestora, conform listelor de verificare, a Proceselor verbale nr. 9370/16.04.2021 și nr. 11232/13.09.2021, a raportului procedurii publicat în SEAP în data de 13.09.2021,

- Avizul conform necondiționat nr. 4983/19369/16.09.2021, pentru controlul de calitate și regularitate referitor la concluziile incluse în raportul procedurii de atribuire, precum și la neconformitățile remediate de la momentul inițierii controlului ex-ante, conform listelor de verificare, raportului nr. 4983/5407/02.07.2020 privind implementarea măsurilor de remediere, procesului verbal privind evaluarea propunerilor tehnice și financiare inițiale, înregistrat cu nr. 9370/16.04.2021, procesului verbal privind evaluarea propunerii tehnice și financiare finale, precum și evaluarea propunerilor de modificare a clauzelor contractuale, înregistrat cu nr. 11232/13.09.2021 și raportului procedurii postat în SEAP în data de 13.09.2021,

- Avizul conform necondiționat final nr. 4983/19497/17.09.2021, pentru controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei de evaluare referitoare la concluziile finale cuprinse în raportul procedurii de atribuire nr. 11299/17.09.2021, postat în SEAP în data de 17.09.2021.

Analizând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 11309/17.09.2021, Consiliul reține că oferta depusă de ... SPA a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016, întrucât *„/.../ prin anunțul de participare /.../ și documentația de atribuire anexată acestuia, autoritatea contractantă a adus în atenția oricărui operator economic interesat să depună o ofertă faptul că valoarea estimată, corespunzătoare cantității maxime ce urmează a fi achiziționate în executarea acordului cadru, respectiv 12 bucăți, este de 272.863.028,00 euro fără TVA.*

Cu prilejul ședinței de deschidere a ofertelor inițiale, organizată în data de 15.01.2021, comisia de evaluare a constatat că prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară inițială a ... S.p.A., corespunzător cantității de 12 cpl. Elicoptere medii/grele, este de 299.000.000,00 euro fără TVA, depășind valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare, cu 26.136.972,00 euro (9,58%).

Potrivit O.U.G. nr. 68/2018, contractele subsecvente ce vor fi atribuite în executarea acordului - cadru, vor fi încheiate de Inspectoratul General de Aviație al M.A.I. - în calitate de achizitor.

Pentru a determina acceptabilitatea sau inacceptabilitatea ofertei în cauză, comisia de evaluare a trebuit să verifice dacă există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului-cadru și dacă acceptarea unei asemenea oferte nu conduce la modificarea substanțială a acordului - cadru (a se vedea art. 137 alin. (2) lit. e) și f) din Anexa la HG nr. 395/2016).

Prin adresa nr. 8444/01.02.2021, comisia de evaluare s-a adresat Inspectoratului General de Aviație al M.A.I., solicitând acestei instituții precizări cu privire la existența/inexistența posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului - cadru /.../ raportat la propunerea financiară supusă analizei.

Prin adresa nr. 4549/15.04.2021, înregistrată la I.G.S.U. cu nr. 9364/16.04.2021, Inspectoratul General de Aviație al M.A.I a adus la cunoștință comisiei următoarele: /.../.

Drept care, comisia de evaluare a constatat că nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului cadru, fiind aplicabile prevederile art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. e) din Anexa 1 HG nr. 395/2016 /.../".

Verificând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține că,

așa cum rezultă din Fișa de date a achiziției, punctul II.5, valoarea totală estimată a prezentei proceduri se află în intervalul 93.502.712 – 272.863.028 EURO. De asemenea, la punctul II.2.4 Descrierea achiziției publice (natura și cantitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor sau o mențiune privind nevoile și cerințele), autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„Estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru: minim 4/maxim 12

Estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru: minim 2/maxim 6

Estimarea valorii celui mai mare contract subsecvent care urmează să fie atribuit pe durata acordului-cadru: 136.431.514,00 EURO fără TVA (6 cpl. din care 2 cpl. Elicopter mediu/greu multifuncțional maritim și 4 cpl Elicopter mediu/greu multifuncțional pentru uscat)

Preț unitar estimat, Elicopter mediu/greu variantă maritimă = 25.286.955,00 euro fără TVA

Preț unitar estimat, Elicopter mediu/greu variantă uscat = 21.464.401,00 euro fără TVA".

În cadrul aceluiași document, la punctul II.2.13, s-a precizat faptul că: „Achiziția se referă la un proiect și/sau program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene: Da

Identificarea proiectului: VIZIUNE 2020

Tip de finanțare : Program/Proiect

Program/Proiect: Programul Operațional Infrastructura Mare – POIM”.

Având în vedere aceste dispoziții ale documentației de atribuire, Consiliul constată că autoritatea contractantă a adus la cunoștința operatorilor economici interesați valoarea estimată a acestei proceduri, fiind astfel respectat principiul transparenței stipulat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, **acesta fiind bugetul aprobat pentru încheierea prezentului acord-cadru, o eventuală majorare a acestuia nefiind adusă în discuție.**

Art. 83 din Legea nr. 98/2016 prevede următoarele:

„(1) În cuprinsul documentației de atribuire autoritatea contractantă definește obiectul achiziției prin descrierea necesităților autorității contractante și a caracteristicilor solicitate pentru produsele, lucrările sau serviciile care urmează a fi achiziționate și stabilește criteriul de atribuire și factorii de evaluare a ofertelor.

(2) În cadrul descrierii elementelor prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă stabilește care sunt **cerințele minime în legătură cu acestea pe care ofertele trebuie să le îndeplinească.**

(3) Informațiile furnizate prin documentația de atribuire trebuie să fie suficient de precise pentru a permite operatorilor economici să determine natura și obiectul general al achiziției și, pe baza acestora, să decidă transmiterea unei solicitări de participare sau neparticiparea la procedura de atribuire”, printre aceste informații regăsindu-se și valoarea estimată a procedurii.

În acest context, Consiliul reține că în conformitate cu art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției”, iar conform dispozițiilor art. 12 din același act normativ **„valoarea estimată a achiziției se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire”.**

În acest sens, la dosarul cauzei se află Nota nr. 20479/11.11.2019 privind justificarea determinării valorii estimate (fără TVA) a acordului-cadru de furnizare elicoptere medii/grele multifuncționale întocmită de o comisie constituită în acest sens.

Având în vedere cele mai sus menționate, raportat la prevederile documentației de atribuire și ale legislației incidente, nu se poate vorbi despre o valoare estimată **inițială** așa cum pretinde contestatoarea. Valoarea estimată a unei proceduri este cea comunicată prin anunțul de participare, **reprezintă bugetul aprobat pentru încheierea acordului-cadru în discuție**, iar dacă ofertanții decid să prezinte oferte peste valoarea estimată o fac pe riscul lor. Prezenta documentație de

atribuire nu conține niciun indiciu cu privire la faptul că există posibilitatea de suplimentare a fondurilor, iar autoritatea contractantă nu are și nu a avut nicio obligație în acest sens.

Relevante, în speță, sunt următoarele dispoziții legale, **general aplicabile tuturor procedurilor de atribuire menționate la art. 68 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fără a distinge în funcție de tipul de procedură:**

- articolul 214 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 care stipulează următoarele:

*„Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, **a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar această valoare nu poate fi suplimentată**”.*

- art. 137 alin. (2) din HG nr. 395 care stipulează următoarele:

„În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

(...)

*e) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară **depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv;***

*f) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și, **deși există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la modificarea substanțială în sensul depășirii procentelor de la art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Lege;** (...)*”.

- art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele:

„(1) Contractele de achiziție publică/Acordurile-cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situații:

(...)

f) fără a exista nevoia de a verifica dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (7) lit. a) -d), atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

(...)”.

Astfel, ca urmare a verificării documentelor depuse de către autoritatea contractantă la dosarul cauzei, Consiliul constată că, într-adevăr, autoritatea contractantă ... a transmis către INSPECTORATUL GENERAL DE AVIAȚIE AL M.A.I, adresa nr. 8444/01.02.2021, prin care a învederat următoarele:

„În conformitate cu O.U.G. nr. 68/2018 privind achiziția centralizată de elicoptere și simulatoare de zbor aparținând MAI, pentru gestionarea situațiilor de urgență aprobată prin Legea nr. 300/2018, ... are în desfășurare procedură de achiziție publică organizată prin /.../.

Prin anunțul de participare nr. /.../ și documentația de atribuire anexată acestuia, autoritatea contractantă a adus în atenția oricărui operator economic interesat să depună o ofertă faptul că valoarea estimată, corespunzătoare cantității maxime ce urmează a fi achiziționate în executarea acordului cadru, respectiv 12 bucăți, este de 272.863.028,00 euro fără TVA.

Cu prilejul ședinței de deschidere a ofertelor inițiale, organizată în data de 15.01.2021, comisia de evaluare a constatat că prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară inițială a unuia dintre ofertanți, corespunzător cantității de 12 cpl. /.../ este de 299.000.000,00 euro fără TVA, depășind valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare, cu 26.136.972,00 euro (9,58%).

Drept urmare, având în vedere că:

- potrivit O.U.G. nr. 68/2018, contractele subsecvente ce vor fi atribuite în executarea acordului - cadru, vor fi încheiate de Inspectoratul General de Aviație al M.A.I. - în calitate de achizitor;

- pentru a determina acceptabilitatea sau inacceptabilitatea ofertei în cauză, comisia de evaluare este obligată să verifice dacă există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului - cadru și dacă acceptarea unei asemenea oferte nu conduce la modificarea substanțială a acordului - cadru (a se vedea art. 137 alin. (2) lit. e) și 10 din Anexa la HG nr. 395/2016),

comisia de evaluare a ofertelor, cu deosebit respect, vă solicită să ne informați cu privire la existența/inexistența posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului - cadru de furnizare a produselor /.../ raportat la propunerea financiară amintită mai sus, în sumă de 299.000.000,00 euro fără TVA".

La această solicitare a autorității contractante, INSPECTORATUL GENERAL DE AVIAȚIE AL M.A.I a răspuns prin adresa nr. 4549/15.04.2021, precizând următoarele:

«/.../Conform prevederilor art. 2 din OUG nr. 68/2018 /.../, ... încheie acorduri cadru pentru aparatele de zbor și de instruire, iar Inspectoratul General de Aviație este autoritate contractantă pentru încheierea contractelor subsecvente.

În urma corespondenței purtate cu Autoritatea de Management, prin ... - Lider de proiect și prezentată anexat, aceasta a comunicat faptul că „la această dată nu există economii semnificative în cadrul proiectului și facem precizarea că pentru a fi eligibilă suplimentarea solicitată pentru cele 12 elicoptere nu trebuie să depășească bugetul aprobat proiectului”.

În bugetul de venituri și cheltuieli aprobat Inspectoratului General de Aviație pentru 2021, nu sunt alocate fonduri pentru achiziția de elicoptere multifuncționale medii/grele destinate situațiilor de urgență, decât cele conform H.G. nr. 451/2020 pentru aprobarea Notei de fundamentare referitoare la necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor aferente proiectului de investiții VIZIUNE 2020, aprobate inclusiv de Autoritatea de Management prin Formularul 1 (140.254.068 euro fără TVA).

Având în vedere faptul că termenul de implementare a proiectului VIZIUNE 2020 este 31.12.2023, iar termenul de livrare a elicopterelor multifuncționale medii/grele destinate situațiilor de urgență este de aproximativ 23 luni, se impune încheierea în baza acordului cadru, a contractelor subsecvente pentru cele 6 elicoptere multifuncționale medii/grele până la sfârșitul anului 2021, fondurile financiare aprobate acestei achiziții fiind cele conform H.G. 451/2020 și Formularului 1 avizat de Autoritatea de Management - 140.254.068 euro fără TVA».

Criticile autoarei contestației vizează, în principal faptul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să-i comunice imposibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică și ar fi trebuit să o invite la negocierea prețului deoarece ar fi putut să-și îmbunătățească oferta financiară pe parcursul etapei de negociere.

Consiliul apreciază ca fiind eronate susținerile contestatoarei pentru următoarele motive:

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns corespundențelor transmise de aceasta în data de 31.05.2021 și, respectiv, în data de 23.06.2021 prin care îi aduce la cunoștință, printre altele, că „nu a indicat până acum că oferta sa financiară inițială este o ofertă finală și nici că o astfel de ofertă nu poate fi îmbunătățită”, Consiliul le va respinge deoarece legislația în vigoare nu obligă autoritatea contractantă ca, pe parcursul evaluării, să deruleze discuții cu participanții la procedură, **inițiate de aceștia**, obligațiile membrilor Comisiei de evaluare fiind clar stipulate de art. 127 din HG nr. 395/2016.

La data de **19.11.2020**, autoritatea contractantă a transmis, tuturor celor patru candidați, invitația de participare la etapa a II-a a procedurii, conform căreia data și ora limită stabilite pentru depunerea ofertelor inițiale este 21.12.2020 ora 10:00, la punctul 6 al invitației – Alte precizări, fiind menționate următoarele: „La întocmirea ofertei inițiale **se vor avea în vedere prevederile anunțului de participare nr. CN1020883 din 07.05.2020, eratei nr. EN1019046/26.05.2020, Documentației de atribuire nr. 116.158/15.04.2020 și adresei ... nr. 116974 (...)**”, **prin urmare, oferta inițială trebuia depusă și cu respectarea valorii maxime estimate, comunicată prin anunțul de participare.** În acest context, Consiliul apreciază, contrar susținerilor contestatoarei, că la momentul transmiterii invitațiilor de participare la etapa a II-a a procedurii, autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, informând toți participanții la procedură cu privire la informațiile care vor fi avute în vedere la întocmirea ofertelor inițiale, inclusiv cele referitoare la propunerea financiară.

La data de **24.11.2020**, ...S.A. a transmis autorității contractante următoarea solicitare de clarificări:

„Referitor la valoarea totală estimată de către autoritatea contractantă pentru această achiziție, respectiv valoarea de 272.863.028 € fără TVA vă rugăm să precizați dacă, **în faza de ofertare inițială un ofertant oferă un preț care este superior valorii estimate anunțate prin fișa de date, oferta sa este refuzată/respinsă ca**

fiind neconformă sau această ofertă este acceptată și în ce condiții, respectiv dacă există o limită valorică până la care oferta financiară poate fi considerată admisibilă în această fază a depunerii ofertei inițiale”.

La această solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a răspuns, prin răspunsul consolidat la clarificări nr. 118.973/03.12.2020, publicat în SEAP la data de **08.12.2020**, precizând următoarele:

«/.../ Solicitare de clarificare nr. 2:

Referitor la valoarea totală estimată de către autoritatea contractantă pentru această achiziție, respectiv valoarea de 272.863.028 € fără TVA vă rugăm să precizați dacă, **în faza de ofertare inițială un ofertant oferă un preț care este superior valorii estimate anunțate prin fișa de date, oferta sa este refuzată/respinsă ca fiind neconformă sau această ofertă este acceptată și în ce condiții, respectiv dacă există o limită valorică până la care oferta financiară poate fi considerată admisibilă în această fază a depunerii ofertei inițiale”.**

Răspuns la solicitarea de clarificare nr. 2:

„În cazul în care prețul fără TVA inclus în propunerea financiară va depăși valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare, **comisia de evaluare va analiza aplicabilitatea prevederilor art. 137 alin. 2, lit. e) sau f) din Anexa la H.G. nr. 395/2016”».**

În acest context, Consiliul reiterează dispozițiile art. 137 alin. (2) din HG nr. 395 care stipulează următoarele:

„ În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:___

(...)

e) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară **depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv;**

f) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și, **deși există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, se constată că acceptarea unei astfel de oferte ar conduce la modificarea substanțială în sensul depășirii procentelor de la art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din Lege; (...)**”.

Din analiza răspunsului autorității contractante, **deosebit de relevant în speță**, rezultă două aspecte:

- la data de 08.12.2020, autoritatea contractantă nu știa dacă **„există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv”;**

- autoritatea contractantă a adus la cunoștința participanților că **ofertele inițiale vor fi analizate din perspectiva dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. e) sau f) din H.G. nr. 395/2016**, astfel încât la acel moment, dacă vreunul dintre candidații care au primit invitația de participare la etapa a II-a a procedurii (inclusiv contestatoarea), aprecia că, în raport de legislația incidentă, doar oferta finală poate fi analizată

din perspectiva dispozițiilor **art. 137 alin. (2) lit. e) sau f) din H.G. nr. 395/2016 sau că, prin această clarificare se încalcă scopul și principiile care guvernează achizițiile publice, trebuia să conteste în cadrul termenului legal stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016**, răspunsul consolidat la clarificări nr. 118.973/03.12.2020, publicat în SEAP la data de **08.12.2020**.

Acest răspuns la clarificări reprezintă un act al autorității contractante în sensul prevederilor art. 2 și 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care, nefiind desființat, produce efecte juridice atât pentru candidații la procedură, cât și pentru autoritatea contractantă, părțile urmând a se conforma ca atare.

Prin urmare, singurele propuneri financiare inițiale care urmau a fi negociate erau cele care se încadrau în valoarea estimată aferentă.

În aceste condiții, toate criticile contestatoarei referitoare la faptul că ofertele inițiale nu ar trebui analizate din perspectiva dispozițiilor **art. 137 alin. (2) lit. e) sau f) din H.G. nr. 395/2016, sunt tardive în actualul stadiu al procedurii de atribuire.**

De altfel, așa cum autoritatea contractantă arată în cadrul punctului de vedere pentru a demonstra că activitatea desfășurată de către comisia de evaluare a fost în conformitate cu prevederile legislației naționale în materie de achiziții publice, respectiv a procedurii de negociere competitivă, aceasta a consultat și Ghidul achizițiilor publice (Ghidul Online) regăsit la adresa de web www.achizitiipublice.gov.ro, fiind un instrument administrat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, care conține informații practice pentru părțile interesate din domeniul achizițiilor publice și este conceput pentru a oferi îndrumare și sprijin tuturor participanților la procesul de achiziții publice.

În conținutul acestui ghid, la rubrica „Procesul de achiziții publice”, Pas: Organizarea procedurii și atribuirea contractului, este detaliat modul de desfășurare al procedurilor de achiziție publică. Legat de subiectul supus analizei, la modul de desfășurare al procedurii de negociere competitivă, se prezintă rubrica D. Desfășurarea negocierilor, Pas: Transmiterea invitației la negociere, unde se face următoarea precizare: *„După **evaluarea ofertelor inițiale**, comisia de evaluare stabilește datele pentru desfășurarea negocierilor cu fiecare ofertant în parte **care a depus o ofertă inițială admisibilă** și transmite simultan și în scris invitațiile de participare la negociere tuturor ofertanților rămași în competiție. În acest sens, comisia de evaluare utilizează documentul «Invitație de participare la negociere»”.*

Nu în ultimul rând, răspunsul la solicitarea de clarificări precitată, nu garantează ofertanților că autoritatea contractantă va putea asigura suplimentarea bugetului în cauză.

Având în vedere cele mai sus menționate, raportat la conținutul răspunsului consolidat la clarificări nr. 118.973/03.12.2020, autoritatea contractantă nu avea obligația de a comunica autoarei contestației imposibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică și de a o invita la negocierea prețului, aceasta trebuind să facă aplicabilitatea dispozițiilor **art. 137 alin. (2) lit.**

e) din H.G. nr. 395/2016, ca la orice procedură de atribuire, așa cum a adus la cunoștința candidaților prin răspunsul consolidat la clarificări nr. 118.973/03.12.2020, publicat în SEAP la data de **08.12.2020.**

Din această perspectivă nu poate fi primită susținerea contestatoarei referitoare la faptul că doar o ofertă care depășește cu mai mult de 10% valoarea estimată a procedurii de atribuire poate fi declarată inacceptabilă, în condițiile în care nu este posibilă suplimentarea bugetului respectiv.

Potrivit art. 215 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, oferta admisibilă este oferta care **nu este inacceptabilă**, neconformă sau neadecvată, iar art. 137 alin. (2) din HG nr. 395 stipulează următoarele:

*„În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată **inacceptabilă** în următoarele situații:___*

(...)

*e) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară **depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv**”.*

În condițiile în care prin răspunsul consolidat la clarificări nr. 118.973/03.12.2020, publicat în SEAP la data de **08.12.2020**, autoritatea contractantă a adus la cunoștința participanților că ofertele inițiale vor fi analizate din perspectiva dispozițiilor **art. 137 alin. (2) lit. e) sau f) din H.G. nr. 395/2016**, aceasta nu avea obligația de a negocia și cu contestatoarea oferta inițială, susținerile contestatoarei fiind neîntemeiate. În acest context, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu a avut o atitudine „discriminatorie” și nu a încălcat principiul tratamentului egal, așa cum pretinde ... SPA deoarece oferta contestatoarei și cea desemnată câștigătoare nu s-au aflat în aceeași situație, în speță având incidență și principiul asumării răspunderii stipulat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016 conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

Depunând o ofertă inițială care depășește valoarea estimată a achiziției cu 9,58%, contestatoarea și-a asumat riscul respingerii ofertei în ipoteza în care nu pot fi identificate și disponibilizate fonduri suplimentare.

Consiliul apreciază ca fiind relevantă în soluționarea cauzei, decizia civilă nr. 5367/15.10.2018 pronunțată de Curtea de Apel București - Secția A VIII-A Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 6223/2/2018.

«Așadar, depunerea unei oferte a cărei valoare depășește valoarea estimată a contractului de achiziție publică nu poate atrage în mod automat sancțiunea respingerii ca inacceptabilă a respectivei oferte. Pentru a determina acceptabilitatea sau inacceptabilitatea ofertei, autoritatea contractantă este obligată să verifice dacă există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică și dacă acceptarea unei asemenea oferte nu conduce

la incidența vreunui dintre cazurile prev. de art. 227 alin. 7 din Legea nr. 98/2016.

Curtea constată astfel că în procedura de atribuire inițială, **documentația nu a prevăzut** posibilitatea alocării de fonduri suplimentare, această ipoteză apărând abia la data de 05.02.2018, odată cu emiterea de către comisia de evaluare a adresei nr.12B/1428/05.02.2018 către Compartimentului intern /.../ (Direcția Generală Economică și Financiară) pentru emiterea unui punct de vedere specializat cu privire la posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare față de valoarea estimată a contractului /.../, în răspunsul primit prin adresa nr. 14A/1646/ 08.02.2018 făcându-se referire la prevederile art. 19 alin. (3) din Legea bugetului de stat, Legea nr. 500/2002, fără a se indica că ar exista această posibilitate, doar cu recomandarea de a se adresa compartimentului de specialitate /.../ care ar avea competențe în acest sens.

Așadar, autoritatea contractantă nu a avut și nici nu are, din punctul de vedere al Curții, dovada că există fonduri suplimentare care se pot disponibiliza, reținând în acest sens și argumentul petentei în sensul că și valoarea acestora este important de știut, deoarece, prin absurd, sumele suplimentate nu ar acoperi valoarea ofertei intimitei declarate câștigătoare a procedurii.

Chiar dacă am trece peste aceste argumente și am aprecia că ar exista posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare, Curtea nu poate ignora principiul transparenței și al egalității de tratament între ofertanți care a fost încălcat, deoarece ofertanții nu au fost anunțați în mod transparent de această posibilitate, pentru conceperea ofertelor din punct de vedere tehnic și ulterior financiar corespunzător. Curtea îmbrățișează argumentul petentei, în sensul că, dacă ar fi cunoscut în mod transparent această posibilitate, ar fi gândit oferta tehnică în alt mod, ar fi avut propuneri tehnice superioare, cu consecința creșterii ofertei financiare, dar și a șansei reale de obținere a contractului.

În același sens este atât jurisprudența europeană, cât și cea națională (Hotărârea Curții Europene de Justiție din 18 octombrie 2001, SIAC Construction C 19/00, rec, p.I - 1775, Hotărârea Tribunalului (Camera a patra) în cauza T-299/1 1, pct.44, Decizia CNSC nr.845/C6/693, 762 din 03.03.2011, fiind esențial într-o procedură de achiziție publică ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor».

Prin urmare, Curtea a apreciat că informația referitoare la posibilitatea majorării valorii estimate trebuie să fie adusă la cunoștința tuturor ofertanților, în mod transparent, **încă din conținutul documentației de atribuire**, în caz contrar **încălcându-se principiul transparenței și egalității de tratament**. În cazul de față, autoritatea contractantă nu a publicat vreo informație în acest sens și nici nu există vreo informație/dovadă că ar avea fonduri suplimentare. De asemenea, instanța a apreciat că autoritatea contractantă, înainte de a respinge o ofertă pentru motivele prevăzute la art. 137 alin. (1) lit. e) și f) din HG nr. 395/2016 trebuie să depună diligențele necesare pentru a stabili, în

mod cert, dacă fondurile alocate achiziției în cauză pot fi suplimentate sau nu, adică exact ce a făcut ... în cazul de față.

În acest context, Consiliul nu poate reține susținerile contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă a desconsiderat complet „solicitarea sa inclusă în oferta financiară” din care rezultă că „oferta financiară finală a ... era condiționată de răspunsul obținut de autoritatea contractantă privind inexistența sau existența unor fonduri suplimentare”, deoarece conform dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016, „oferta” este „actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică” și nu poate fi prezentată „sub condiție”.

În situația în care autoritatea contractantă ar fi procedat conform solicitării contestatoarei ar fi favorizat-o pe aceasta în raport de alți participanți la procedură care au făcut eforturi pentru a se încadra în valoarea estimată.

În conformitate cu prevederile art. 4 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare „Prețurile produselor și tarifele serviciilor și lucrărilor se determină în mod liber prin concurență, pe baza cererii și ofertei” și se prezumă că acestea reflectă eforturile operatorilor economici de a depune o ofertă competitivă, ca de altfel și preocupările lor pentru controlul și optimizarea costurilor.

În ceea ce privește comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, Consiliul reține că legislația în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire și aplicabilă acesteia, prevede la art. 215 din Legea nr. 98/2016, următoarele:

„(1) Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.

(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde:

a) fiecărui candidat respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a solicitării sale de participare;

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

c) fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribue contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertantului/ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru;

d) *fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, informații referitoare la desfășurarea și progresul negocierilor și al dialogului cu ofertanții*”, autoritatea contractantă îndeplinindu-și această obligație legală.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei din cadrul concluziilor scrise înregistrate la CNSC sub nr. 56882/29.10.2021 ca CNSC „să analizeze legalitatea și corectitudinea modului de stabilire și acordare de către autoritatea contractantă a punctajului stabilit în favoarea ofertei finale a ...”, Consiliul o va respinge deoarece contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertei concurente pe bază de supoziții. Simplele presupuneri nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia acuzelor rămase la nivel declarativ.

Analiza Consiliului are loc în limitele sesizării, altminteri, judecata ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă i-a solicitat prelungirea valabilității ofertei în baza adresei nr. 10404/06.07.2021, deși decizia de respingere a ofertei sale era deja conturată din 16.04.2020, Consiliul constată că, procedând de această manieră, ... nu a făcut altceva decât să-și îndeplinească obligațiile stipulate de art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care prevede următoarele:

„ (...) Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă”.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SPA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Față de soluția pronunțată, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de ...

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SPA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Admite cererea de intervenție formulată de ...

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,
....

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 39 pagini.