



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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare din 24.02.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9902/24.02.2022, formulată de către ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată prin avocat ..., împotriva adresei nr. 163/18.02.2022 de comunicare a rezultatului procedurii, emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări în cadrul proiectului «Reabilitarea și modernizarea Școlii Gimnaziale Lucian Blaga ...», cod SMIS 122851”, se solicită admiterea contestației, anularea adresei nr. 163/18.02.2022 de comunicare a rezultatului procedurii, anularea procesului(lor)-verbal(e) de evaluare a propunerii tehnice, a celei financiare, a raportului procedurii nr. 161/18.02.2022 și a tuturor actelor subsecvente, în ce privește oferta declarată câștigătoare depusă de către Asocieria ... - ..., obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, prin reevaluarea ofertei Asocierii ... - ..., precum și accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică decizia autorității contractante de declarare ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de către Asocieria ... -

1. Considerații privind cererea de acces la documentele dosarului achiziției publice ce urmează a fi constituit la Consiliu.

Contestatorul evocă prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 și precizează că, prin notificarea sa nr. 131/21.02.2022, a solicitat autorității contractante să îi permită, în temeiul art. 217 din Legea nr. 98/2016 privind

achizițiile publice, accesul la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare ale ofertantului declarat câștigător. Autoritatea contractantă a formulat, prin adresa nr. 165/21.02.2022, răspuns la notificarea formulată, prin care aduce la cunoștință că o să permită accesul doar la acele documente care nu au fost clasificate de către ofertant ca fiind confidențiale. În cazul de față, așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 161/18.02.2022, ofertantul Asocierea ... - au declarat că propunerea tehnică și propunerea financiară, în întregime, sunt confidențiale. Și, drept urmare, acestea din urmă nu i-au fost puse la dispoziție de către autoritatea contractantă.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă, prin acest răspuns, i-a îngrădit, în mod voit, accesul la toate informațiile esențiale din dosarul achiziției publice. Prin această atitudine, autoritatea contractantă a favorizat ofertantul declarat câștigător, încălcând prevederile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 87/2016, care este citat.

Potrivit acestui text legal, caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.

În al doilea rând, caracterul confidențial trebuie probat, astfel informațiile confidențiale trebuie să fie indicate și dovedite în chiar cuprinsul ofertei. Astfel, motivarea caracterului confidențial implică nu doar o simplă declarație din partea operatorului economic, ci trebuie o argumentare temeinică și plauzibilă, prin prezentarea motivelor concrete care justifică un asemenea regim juridic.

În concluzie, faptul că operatorul economic declarat câștigător, Asocierea ... - și-a confidențializat în bloc și fără nicio justificare întreaga ofertă și documentația conexă, precum și solicitările de clarificări și răspunsul la acestea, contravine prevederilor legale și a principiului transparenței, care guvernează întreaga procedură de achiziție publică.

II. Prezentarea stării de fapt

Așa cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii, oferta sa, susține contestatorul, a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare iar, în urma aplicării criteriului de atribuire, oferta câștigătoare a fost cea depusă de Asocierea ... -, cu o valoare de 5.710.266,42 lei fără TVA.

Contestatorul apreciază incidente dispozițiile art. 2 din Legea nr. 101/2016 și califică demersul ca fiind justificat de un interes legitim prin raportare la prevederile incidente [art. 6 alin. (1) raportat la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 32 alin. (1) și art. 33 din Codul de procedură civilă] și având în vedere definiția dată de legiuitor persoanei vătămate (care conferă prin sine calitatea procesuală activă) conform art. 3 alin. (1) lit. f) din Lege.

III. Motive privind neconformitatea ofertei declarată câștigătoare

Contestatorul solicită să se constate nelegalitatea rezultatului procedurii de atribuire, respectiv lipsa caracterului admisibil și neconformitatea ofertei Asocierii ... - din perspectiva satisfacerii cerințelor din documentația de atribuire, astfel:

1. Asocierea ... - a depus documente noi în etapa de clarificări, cu încălcarea art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Astfel, în cadrul procedurii de atribuire, comisia de evaluare a consemnat în etapa de clarificări, ulterior depunerii ofertelor, lipsa neconformității unor documente din oferta depusă de Asocierea ... -, precum:

- Certificatul de atestare fiscală nr. 3805418/23.09.2021 emis de ANAF Cluj este expirat;

- Certificatul de atestare fiscală nr. 44202/14.01.2022 emis de Serviciul Impozite și taxe locale Alba Iulia - de asemenea nu se află în termen de valabilitate;

- pentru punctele de lucru secundare, ofertantul câștigător nu a prezentat declarația pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor și taxelor la bugetul general consolidat și nu a depus certificatele fiscale aferente acestor puncte de lucru - potrivit fișei de date a achiziției, cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, punctul b);

- Garanția de bună execuție - nu a fost menționată modalitatea de constituire a acesteia în conformitate cu formularul atașat în cadrul documentației de atribuire, deși aceasta trebuia constituită în conformitate cu art. 40 din HG nr. 395/2016, astfel cum rezultă din fișa de date a achiziției la cap. III 1.6.b);

- ofertantul nu a prezentat centralizatorul cu lucrările executate de asociați/subcontractanți, astfel cum rezultă din procesul-verbal nr. 146/26.01.2022 - deși această obligație era menționată în fișa de date a achiziției, Cap. IV.4.2 care arată că „*Propunerea financiară va cuprinde.... 2. Centralizatorul cu lucrările executate de asociați, subcontractanți*”.

În continuare, contestatorul menționează că documentele solicitate de comisia de evaluare în etapa de clarificări de la ofertantul Asocierea ... - reprezintă elemente care ar fi trebuit să facă parte integrantă din oferta acesteia și care nu au fost depuse la data limită de depunere a ofertelor. Referitor la limitele în care poate fi realizată clarificarea și completarea ofertei, HG nr. 395/2016 cuprinde prevederi relevante, precum art. 134 și art. 135, care sunt explicitate.

Astfel, prin documentele depuse în etapa de clarificări, ... - nu a corectat vicii de formă și nici abateri tehnice minore, ci a depus propriu-zis documente pe care ar fi trebuit să le depună ca parte a ofertei.

Totodată, prin răspunsul la solicitările de clarificări, ofertanții pot oferi clarificări ale informațiilor existente inițial în alte documente prezentate de ofertant, care nu modifică conținutul propunerii lor tehnice sau financiare.

Solicitarea de clarificări din partea comisiei de evaluare ar fi putut să vizeze doar simple precizări referitoare la documentele depuse, explicarea unor aspecte neclare pentru comisia de evaluare, înlăturarea unor erori materiale evidente sau lipsa formală a unor documente preexistente, pentru care nu a fost stabilită sancțiunea excluderii prin documentația de atribuire fără ca, prin aceasta, să se ajungă la o modificare a ofertei depuse.

Mai mult, deoarece prevederile documentației de atribuire și prin urmare și cele ale caietului de sarcini nu au fost contestate de către potențialii ofertanți, în termenul legal prevăzut de Legea nr. 101/2016, acestea au devenit obligatorii atât pentru operatorii economici care au depus oferte, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor depuse, prin raportare la cerințele expres stabilite în cuprinsul documentației de atribuire. Riscul întocmirii ofertei, inclusiv

nerespectarea unor cerințe, așa cum au fost solicitate în caietul de sarcini, revine operatorilor economici participanți la procedură, în condițiile în care autoritatea contractantă a precizat în mod expres care sunt cerințele pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească.

Admiterea completării propunerii tehnice a ofertantului Asocierea ... -, prin solicitările de clarificări indicate, a fost de natură să îi aducă un avantaj evident, avantaj care a transformat o ofertă inacceptabilă într-o ofertă admisibilă. Pe cale de consecință, contestatorul apreciază că, în mod eronat, comisia de evaluare a decis că oferta câștigătoare este admisibilă, verificarea ofertei nefiind făcută cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, în susținere, se invocă jurisprudența CJUE în materia achizițiilor publice, jurisprudență preluată și de către instanțele naționale (Hotărârea pronunțată în cauza C-42/13 din 6 noiembrie 2014, Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-131/16 din 11 mai 2017).

Contestatorul reiterează că nu au fost depuse de către Asocierea ... - certificatele de atestare fiscală, în conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției.

Contestatorul precizează că, în fișa de date a achiziției, cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, s-a solicitat:

„i. certificate constatatoare privind lipsa datoriilor cu privire la plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării. Toți ofertanții (inclusiv asociați, subcontractanți terți susținători) au obligația completării și prezentării inițiale a DUAE ca primă dovadă a neîndeplinirii situației de excludere enunțate. Operatorul economic clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile va face dovada îndeplinirii celor menționate în DUAE prin prezentarea documentelor justificative, la solicitarea AC.”

După cum reiese din documentele aflate la dosarul achiziției publice, solicitarea autorității contractante nu a fost respectată și anume: Asocierea ... - nu a prezentat toate certificatele de atestare fiscală aferente terțului susținător ...; nu a prezentat certificatele de atestare fiscală aferente celor două puncte de lucru existente în Municipiul Oradea, zona Episcopia Bihor, așa cum acestea sunt înscrise în certificatul constatator nr. 46375/18.01.2022 emise de ONRC București.

În opinia contestatorului, faptul că autoritatea contractantă nu a prevăzut, în mod expres, cerința privind prezentarea documentelor justificative de neîncadrare în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016 și pentru sediile secundare/puncte de lucru (în cazul în care acestea există), nu poate constitui un temei de nesolicitare/neprezentare a documentelor în cauză, având în vedere că, prin participarea unui astfel de operator economic la procedură, acesta trebuie să își asume răspunderea referitoare la îndeplinirea condițiilor de participare impuse prin documentația de atribuire prin raportare la întreaga entitate pe care o reprezintă.

Astfel, oferta câștigătoare ar fi trebuit să fie declarată inacceptabilă datorită faptului că aceasta nu a depus certificatul de atestare fiscală pentru două din punctele de lucru ale terțului susținător, ... și, prin urmare, nu a demonstrat în mod complet faptul că terțul susținător nu se încadrează în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016.

În susținerea celor menționate mai sus, contestatorul invocă Decizia nr. 8 din 10.01.2022 a Curții de Apel Timișoara (Contencios administrativ si fiscal, din care citează.

2. Consiliul este rugat să aibă în vedere faptul că oferta declarată câștigătoare nu corespunde întru totul cerințelor cuprinse în fișa de date a achiziției, cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, după cum urmează:

Contestatorul apreciază că oferta depusă de către ofertantul declarat câștigător Asocieria ... -, este o ofertă ce trebuie respinsă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) și d) din HG nr. 395/2016.

Pentru atribuirea prezentului contract de achiziție publică, a fost solicitat, conform caietului de sarcini la Cap. 3.1 pct. 2 pag. 21, parte a documentației de atribuire, ca dotările, utilajele și echipamentele să îndeplinească specificațiile tehnice impuse prin caietul de sarcini și menționate în anexele caietului de sarcini la fișa tehnică.

Dotările/echipamentele/utilajele propuse de către ofertantul declarat câștigător nu îndeplinesc în totalitate specificațiile tehnice impuse prin caietul de sarcini, astfel:

- la fișa tehnică nr. 4 - Boiler electric 500 l
- la nr. crt. 2 se solicită ca cerința impusă - un diametru exterior de 850 mm

și s-a propus de către ofertant un diametru exterior de 50 mm, astfel că, ceea ce este propus de către ofertantul Asocieria ... - este cu mult inferior față de cerința din caietul de sarcini.

- la fișa tehnică nr. 13 - Sistem de climatizare tip multisplit 12000BTU
- la nr. crt. 2 se solicită ca cerința impusă prin caietul de sarcini - ca acesta să aibă o putere electrică consumată la răcire (kW): 1.040
- însă ofertantul câștigător nu specifică niciun coeficient de consum la răcire, așadar se poate concluziona că Sistemul de climatizare propus nu îndeplinește cerințele caietului de sarcini.

- la fișa tehnică nr. 14 - Sistem de climatizare tip split 18000 BTU
- la nr. crt. 2 se solicită ca cerința impusă - Putere Electrică consumată la răcire: (kW) 2.050

- s-a propus de către ofertant - 1,55 kW, o putere net inferioară față de cerința minimă.

Cu privire la consecințele nerespectării specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, contestatorul evocă prevederile art. 127, art. 137 alin. 2 lit. b) și art. 143 din HG nr. 395/2016, art. 222 din Legea nr. 99/2016 și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă avea obligația de a verifica dacă ofertantul câștigător poate executa contractul din punct de vedere legal, cu respectarea legislației în vigoare, înainte de a fi desemnat admisibil.

3. În ceea ce privește termenul de execuție al contractului - potrivit fișei de date a achiziției, cap. II.2.5, pag. 3, termenul de execuție al contractului este de 18 luni, iar oferta cu termenul cel mai mic primește 15 puncte.

Potrivit procesului-verbal nr. 140/12.01.2022, oferta câștigătoare depusă de Asocieria ... - are un termen de execuție de 15 luni - ofertă căreia i s-a aplicat, în baza criteriului de evaluare, 15 puncte. Oferta contestatorului ...

are un termen de execuție de 12 luni - ofertă căreia, de asemenea, i s-au aplicat 15 puncte.

Conform fișei de date a achiziției și caietului de sarcini, doar oferta cu termenul cel mai mic primește 15 puncte, în speță, autoritatea contractantă nu putea să aplice același număr de puncte și ofertei câștigătoare, care are un termen de execuție mai mare, respectiv 15 luni. Or, în atare situație, oferta câștigătoare putea beneficia de maxim 12 puncte. Prin această atitudine, autoritatea contractantă a încălcat unul din principiile fundamentale care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv „tratamentul egal”.

- Referitor la Graficul general de realizare a investiției, de asemenea, este neconform.

În documentația de atribuire, resursele cu mâna de lucru sunt în număr de 78.199,24 h pentru realizarea lucrărilor în termen de 18 luni. Se consideră că ofertantul câștigător nu se încadrează cu acest număr de ore pentru realizarea lucrărilor în termenul prezentat în graficul de realizare a lucrărilor - în consecință, oferta este neconformă.

4. În ceea ce privește propunerea financiară a ofertantului Asocieria ... - ..., există necorelări, în sensul că, în cadrul Centralizatorului F1, respectiv F2, apare inserat Devizul nr. 036- dotări, respectiv Devizul 061-Montaj dotări teren sport+urban, iar în calculul valorii totale oferate, nu s-a regăsit suma de 4.760,79 lei aferentă Articolului de montaj mobilier+teren de sport. În plus, în cadrul documentației de atribuire, nu se regăsește acest deviz.

Având în vedere aceste necorelări, contestatorul apreciază că propunerea financiară a ofertantului câștigător este neconformă în temeiul art. 134 alin. (6) coroborat cu art. 134 alin. (10) din HG nr. 394/2016 și cu cele prevăzute în fișa de date a achiziției la cap. IV4.2 Nota 2 pag. 9 - care prevăd că „nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare”.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, anularea adresei nr. 163/18.02.2022 de comunicare a rezultatului procedurii, anularea procesului/lor-verbal/e de evaluare a propunerii tehnice, a celei financiare, a raportului procedurii nr. 161/18.02.2022 și a tuturor actelor subsecvente, în ce privește oferta declarată câștigătoare depusă de către Asocieria ... - ..., obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, prin reevaluarea ofertei Asocierii ... - ..., precum și accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016

Prin adresa nr. 167/03.03.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 11534/04.03.2022, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația ..., prin care arată următoarele:

1. Considerații privind cererea de a permite accesul la documentele dosarului ce urmează a fi constituit la Consiliu

Prin notificarea nr. 328/21.02.2022 formulată de către contestator și înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 165/21.02.2022, s-a solicitat accesul la documentele din dosarul achiziției publice. Față de acest aspect, se face precizarea că la data de 22.02.2022, la sediul autorității contractante, s-a pus la dispoziția reprezentanților contestatorului documentele solicitate, cu excepția propunerii financiare și a documentelor din propunerea tehnică, declarate confidențiale prin declarația depusă de către ofertantul declarat câștigător și pe care o prezintă în cadrul dosarului achiziției publice transmis

către Consiliu. În documentul menționat se precizează că aceste documente „*au caracter confidențial ... pentru a nu prejudicia interesele ... în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală*”.

Totodată, ofertantul declarat câștigător precizează motivele care stau la baza declarării caracterului confidențial al unor documente din propunerea sa tehnică și a propunerii financiare. Față de motivele invocate, autoritatea contractantă a apreciat că sunt motive concrete, de natură să justifice caracterul confidențial al ofertei, legiuitorul neindicând expres care sunt mijloacele de probă care trebuie prezentate de către ofertanți.

Ținând cont de aceste aspecte, autoritatea contractantă apreciază că acționând astfel, a procedat în conformitate cu prevederile legale, fiind incidente prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, pe care îl citează.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că nu a intenționat îngrădirea accesului la informații, ci respectarea prevederilor legale privind caracterul confidențial al unor documente, cunoscute fiind sancțiunile care pot fi aplicate în cazul încălcării acestor prevederi.

2. În ceea ce privește motivele invocate de către contestator cu privire la neconformitatea ofertei declarate câștigătoare:

- Asocierea ... - a depus documente noi în etapa de clarificări, cu încălcarea art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice

Față de acest aspect, autoritatea contractantă subliniază faptul că prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 îi dă dreptul de a solicita ofertanților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia „*în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente*”.

Autoritatea contractantă susține că a acționat cu bună credință prin solicitarea de clarificări, apreciind că declararea ofertei ca inacceptabilă sau neconformă, fără ca în prealabil să uzeze de dreptul conferit de legiuitor de a solicita clarificări, ar fi fost abuzivă.

Având în vedere complexitatea achiziției și a documentelor solicitate, se poate accepta că au putut interveni anumite omisiuni sau neconcordanțe în cadrul ofertei, care însă au fost clarificate prin răspunsul la solicitarea de clarificări. Prin răspunsurile furnizate, nu s-a modificat conținutul propunerii tehnice, nici al propunerii financiare, așa cum precizează contestatorul. Informațiile privind clarificările solicitate și răspunsurile se regăsesc în dosarul achiziției publice pus la dispoziție, motiv pentru care nu mai sunt detaliate.

În continuare, autoritatea contractantă face precizarea că, în urma răspunsului la solicitările de clarificări, ambele oferte au fost declarate admisibile, iar diferența între cei doi ofertanți a constat doar în prețul ofertat.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației formulate de către ... prin declararea acesteia ca nefondată, în conformitate cu art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 12076/452/C7/07.03.2022, Consiliul a înștiințat contestatorul ..., că la data de 10.03.2022, poate studia dosarul achiziției publice la sediul acestuia.

... s-a prezentat la data indicată pentru studierea dosarului achiziției publice, dar până la data prezentei, nu a depus concluzii scrise.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări în cadrul proiectului «Reabilitarea și modernizarea Școlii Gimnaziale Lucian Blaga ...», cod SMIS 122851”, cod CPV 45210000-2 Lucrări de construcții de clădiri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului simplificat nr. ...

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 6,078.058,20 lei fără TVA.

Prin procesul-verbal nr. 1, înregistrat cu nr. 132/30.12.2021, al ședinței de vizualizare, consemnare a ofertelor și evaluare garanție participare, s-a menționat faptul că la procedura de atribuire s-au depus 3 oferte, dintre care și cea a contestatorului ...

Conform celor precizate în raportul procedurii nr. 161/18.02.2022, oferta Asocierii ... - a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară în sumă de 5.710.266,42 lei fără TVA.

Pe fondul cauzei, procedând la soluționarea contestației formulate de către ..., prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere faptul că, un prim aspect criticat de către ... vizează caracterul declarat confidențial al ofertei depusă de către Asocieria ... -, aspect considerat de contestator ca fiind excesiv și nedovedit, fapt ce a condus la imposibilitatea societății sale de a avea acces, nejustificat de către achizitoare, la oferta Asocierii ... -

În ceea ce privește primul aspect legat de refuzul nejustificat al autorității contractante de a permite accesul la dosarul achiziției publice și de faptul că, inclusiv la momentul studierii dosarului nr. 452/2022, la sediul C.N.S.C., nu au fost puse la dispoziția contestatorului ... documentele declarate confidențiale din oferta depusă de către Asocieria ... -, Consiliul constată că achizitoarea a permis accesul la dosarul achiziției publice, la sediul acesteia, în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, singurele documente care nu au fost puse la dispoziția contestatorului fiind propunerea tehnică și financiară depusă de către Asocieria ... -, demersul autorității contractante fiind în conformitate cu prevederile art. 217 din Legea nr. 98/2016, care prevăd că accesul neîngrădit se poate acorda doar la informațiile care nu au fost declarate neconfidențiale.

Totodată, Consiliul a luat în considerare și prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”*

Raportat la textul legal invocat și la documentele achiziției, Consiliul constată că autoritatea contractantă a verificat susținerile ofertantului Asocieria ... - în susținerea caracterului confidențial al conținutului ofertei, constatând că acestea au fost arătate în cuprinsul declarației de

confidențialitate, la care se atașează și dovezi care conferă caracterul confidențial al informațiilor indicate.

Or, în condițiile în care s-a efectuat această verificare din partea achizitoarei, care și-a asumat decizia de a nu permite accesul la informațiile confidențiale conținute în ofertă, Consiliul determină că demersul acesteia a fost unul legal, motivat și care va fi menținut, constatându-se că susținerile contestatorului vizavi de o presupusă atitudine abuzivă din partea, sunt nefondate.

Relevante sub acest aspect sunt și susținerile autorității contractante, exprimate în cadrul punctului de vedere nr. 167/03.03.2022, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 11534/04.03.2022, conform căroră „Prin notificarea 328/21.02.2022 formulată de către contestatară înregistrată la ORAȘUL ... sub nr. 165/21.02.2022, s-a solicitat accesul la documentele din dosarul achiziției. Față de acest aspect, precizăm că în data de 22.02.2022, la sediul autorității contractante, s-a pus la dispoziția reprezentanților contestatarei documentele solicitate, cu excepția propunerii financiare și a documentelor din propunerea tehnică declarate confidențiale prin declarația depusă de către ofertantul declarat câștigător și pe care o prezentăm în cadrul dosarului achiziției publice transmis către dvs. În documentul menționat se precizează că aceste documente «au caracter confidențial ... pentru a nu prejudicia interesele ... în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală».

Totodată, în cadrul acestui document, ofertantul precizează motivele care stau la baza declarării caracterului confidențial al unor documente din propunerea tehnică și a propunerii financiare. Față de motivele invocate, autoritatea contractantă a apreciat că sunt motive concrete, de natură să justifice caracterul confidențial al ofertei, legiuitorul neindicând expres care sunt mijloacele de probă care trebuie prezentate de către ofertanți.

Ținând cont de aceste aspecte, apreciem că, acționând astfel, autoritatea contractantă a procedat în conformitate cu prevederile legale, fiind incidente prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 (...)”.

Consiliul a constatat faptul că în cadrul propunerii tehnice depuse, la pag. 1452-1454, Asocierea ... - a indicat, ca fiind confidențiale toate documentele depuse în cadrul propunerii tehnice, precum și propunerea financiară, în integralitate.

Se are în vedere că prin contestația fără număr de înregistrare din 24.02.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9902/24.02.2022, ... a solicitat Consiliului accesul la dosarul achiziției publice, acesta dând curs solicitării prin adresa nr. 12076/452/C7/07.03.2022, invitându-l pe ofertantul contestator la sediul său, la data de 10.03.2022, pentru a studia dosarul achiziției publice și în care s-a precizat faptul că „Ținând seama de faptul că Asocierea ... - și-a declarat confidențiale informațiile din propunerea tehnică și financiară, în situația în care doriți studierea respectivelor documente, trebuie să obțineți acordul scris al acestuia, conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.”

Raportat la solicitarea ..., Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 19 alin. (1) și (3) din cadrul Legii nr. 101/2016 potrivit căroră „La cerere, părțile au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu (...), cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”, respectiv „În sensul alin. (1), documentele sunt marcate

sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți”.

De asemenea, Consiliul are în vedere că la art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele: „Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor”, în timp ce la art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 „Dosarul achiziției publice are caracter de document public”, iar alin. (5) din cadrul aceluiasi aliniat se stipulează că „Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) 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 sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii”.

La nivel național, tema confidențialității ofertelor depuse în procedurile de achiziție publică este reglementată, cu titlu general, prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și normele sale de punere în aplicare, Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale și normele sale de punere în aplicare și 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.

Liberul acces la informații de interes public este garantat, fără a fi însă un drept / o libertate absolută. Ca orice drept, liberul acces la informații de interes publică comportă limitări. Astfel, autoritatea/entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale (secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor).

Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici anumite cerințe în vederea protejării caracterului confidențial al informațiilor pe care acestea le pune la dispoziție pe durata întregii proceduri de atribuire.

Legiuitorul a reglementat, cu titlu de principiu - de plano, faptul că accesul la informații de interes public este liber. Fără a nega sau încalca prevederile principiului transparenței, în procesul de achiziție publică/sectorială această aplicare a sa, de plano, fără o analiză apriorică fundamentată, în caz contrar, contracandidații ar intra în posesia unor informații sensibile și extrem de importante pe care le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice, entitatea a cărei ofertă va fi făcută publică pierzând inclusiv avantajele economice pe care le avea pe piață prin utilizarea respectivei soluții tehnice.

Astfel, prin simpla invocare a principiului transparenței, nu se poate crea un avantaj sau/și oferirii datelor vitale din sistemul de producție a unui ofertant, unui contracandidat în procedură.

În cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială intră în competiție concurenți de pe aceeași piață și implicit cu interese contrarii. Într-un astfel de context, informațiile confidențiale au o

valoare extrem de importantă, rațiunea protejării lor fiind, în fapt, extrinsecă procedurii de achiziție publică în cauză.

Așadar, este perfect justificată menționarea ca și confidențiale a unor informații a căror dezvăluire ar putea prejudicia ofertanții, în special a aceluia inclus în ofertele tehnice. Acest aspect, este tratat și de legiuitor, care protejează, de plano, în etapa contestației, informațiile cuprinse în propunerile tehnice, condiționând accesul la propunerile tehnice de acordul expres al ofertantului în cauză.

În concluzie, în vederea respectării dreptului la confidențialitate, legea însăși limitează aplicarea principiului transparenței, unul dintre principiile fundamentale din domeniul achizițiilor publice.

Potrivit jurisprudenței CJUE (Hotărârea Curții din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, Varec SA c. Etat belge, în prezenta Diehl Remscheid GmbH & Co), în etapa căilor de atac, obligația de respectare a confidențialității informațiilor se transmite de la autoritatea/entitatea contractantă către organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac – C.N.S.C., acesta din urmă fiind obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici.

Orice decizie și motivare contrară din partea C.N.S.C. ar crea precedente cu privire la scopul pentru care unii operatori economici ar promova calea contestației, de la scopul imediat - de a încerca eliminarea celorlalți participanți din procedură, prin efectuarea unei evaluări paralele - până la distorsionarea gravă a concurenței prin participarea la anumite proceduri și promovarea contestațiilor exclusiv pentru a afla anumite informații sau date confidențiale cu privire la concurenții de pe piață (ex. informații cu privire la resursele umane și/sau tehnice, informații privind managementul costurilor, furnizori, colaboratori, oferte și discount-uri, date bancare etc.).

Jurisprudența a demonstrat că atât timp cât organismul responsabil cu soluționarea căii de atac – C.N.S.C., dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, acesta are posibilitatea de a cenzura dreptul de acces la toate informațiile referitoare la procedura de atribuire, astfel încât să fie asigurată menținerea concurenței loiale.

Aceasta, cu atât mai mult cu cât calea de atac este formulată împotriva actului autorității contractante, ofertantul, ale cărui informații sunt în pericol a fi dezvăluite, fiind un terț față de litigiul respectiv.

Nu există repere obiective și dispoziții neechivoce în legislația română în materie față de care să se poată aprecia punctul de echilibru între contradictorialitate/transparență și confidențialitate, practica fiind singura care va stabili o anumită predictibilitate a acestor situații.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații 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 sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

În lumina celor reținute, după cum s-a arătat mai sus, nu i se putea permite societății contestatoare să studieze documentele declarate confidențiale. În sprijinul acestei aprecieri este și 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 extrem de grav 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.

Elocvente sunt și următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexe T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necăstigător la documente celui declarat câștigător:

„[...] protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este coerentă cu dispozițiile relevante din Regulamentul financiar, în special articolul 100 alineatul (2) din acesta, vizat în egală măsură de EFSA în decizia sa din 15 septembrie 2010, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute (a se vedea, cu privire la divulgarea ofertei reținute, Ordonanța Evropaiki Dynamiki/AEE, punctul 49 de mai sus, punctul 39 și jurisprudența citată). Această restricție este inherentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziții publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare. În plus, atât prin natura lor, cât și potrivit sistemului reglementării Uniunii în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi [...].”

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul prin regulile precitate, precum și declarația ofertantului Asocierea ... -, Consiliul nu a putut pune la dispoziția ... toate documentele provenind de la acest ofertant, întrucât constituie informații declarate confidențiale, demersul entității achizitoare, de a nu permite accesul la toate documentele aflate la dosarul achiziției publice, motivat de aceleași considerente expuse anterior, fiind un demers legal.

Prin urmare, Consiliul apreciază că Asocierea ... - a justificat și a demonstrat caracterul confidențial al documentelor indicate.

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca nefondate, susținerile contestatorului, exprimate în cadrul contestației fără număr de înregistrare din 24.02.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9902/24.02.2022, referitoare la lipsa accesului la documentele indicate ca fiind confidențiale, depuse de către Asocierea ... -, acest demers fiind justificat, în condițiile probării de către acest ofertant a caracterului confidențial al documentelor ofertei sale, constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul și autoritatea contractantă au ținut seama de solicitarea formulată de acesta, conform celor menționate anterior în considerente, motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de către ... sub acest aspect.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea în care autoritatea contractantă ... a evaluat oferta depusă de către Asocierea ... -, desemnată câștigătoare, ... susținând că oferta asocierii în discuție trebuia respinsă, ca neconformă, motivele fiind expuse pe larg în considerentele deciziei.

Analizând aspectele în divergență prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice, ținând seama de documentele aflate la dosarul cauzei, inclusiv de cele din dosarul achiziției publice, precum și de susținerile contestatorului, în condițiile în care, deși achizitoarea și-a îndeplinit *pur formal*

obligația prevăzută la art. 18 din Legea nr. 1201/2016, de a transmite punctul său de vedere asupra contestației prin adresa nr. 167/03.03.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 11534/04.03.2022, în sensul că **NU** a expus argumentele sale punctuale vizavi de criticile aduse de către ..., Consiliul constată temeinicia, în parte, a criticilor aduse de către contestatorul ..., motiv pentru care dispune admiterea contestației și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertei depusă de către Asocierea ... -

În stabilirea acestei finalități, Consiliul nu va relua susținerile părților având în vedere că acestea se regăsesc în considerentele deciziei, ci va puncta doar faptul că, raportat la motivele invocate de contestator vizavi de neconformitatea ofertei desemnată câștigătoare, depusă de Asocierea ... -, datorată mai multor aspecte detaliate de către ... în contestație, decizia de desemnare drept câștigătoare a ofertei în cauză a fost neîntemeiată, prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice, impunându-se reevaluarea acesteia.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că, în evaluarea ofertelor, prin raportare la propriile cerințe impuse prin documentația de atribuire-fișa de date a achiziției și caietul de sarcini (părți componente ale documentației de atribuire care, prin necontestare, au devenit obligatorii), achizitoarea trebuia să aibă în vedere caracterul obligatoriu și definitiv al documentației de atribuire și să se raporteze la acesta în considerarea prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016, iar atribuirea contractului trebuia efectuată prin aplicarea corectă a factorilor de evaluare stabiliți în cadrul criteriului de atribuire.

Astfel, în soluționare, Consiliul reține că, *în esență*, ..., subliniază faptul că achizitoarea a permis ofertantului Asocierea ... - să depună documente noi în etapa de clarificări, cu încălcarea art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, punctând că acestea se referă la *Certificatul de atestare fiscală nr. 3805418/23.09.2021 emis de ANAF Cluj* (care era expirat), *Certificatul de atestare fiscală nr. 44202/14.01.2022 emis de Serviciul Impozite și taxe locale Alba Iulia*, de asemenea care nu se afla în termen de valabilitate, neprezentarea „*Declarației pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor și taxelor la bugetul general consolidat*” pentru punctele de lucru secundare și nedepunerea certificatelor fiscale aferente acestor puncte de lucru - potrivit fișei de date a achiziției, cap. III.1.1.a) „*Situația personală a candidatului sau ofertantului*”, punctul b), nedepunerea „*Garanției de bună execuție*” conform formularului pus la dispoziție de achizitoare în cadrul documentației de atribuire, nefiind menționată *modalitatea de constituire a acesteia*, deși garanția de bună execuție trebuia constituită în conformitate cu art. 40 din HG nr. 395/2016, conform mențiunilor din fișa de date a achiziției, cap. III 1.6.b), neprezentarea centralizatorului cu lucrările executate de asociați/subcontractanți, conform mențiunii din fișa de date a achiziției, Cap. IV.4.2, care arată că „*Propunerea financiară va cuprinde (...) 2. Centralizatorul cu lucrările executate de asociați, subcontractanți*”, redepunerea de către Asociere a fișelor tehnice 3, 13, și 14 în condițiile în care cele depuse inițial, odată cu oferta, nu conțineau toate specificațiile minime impuse de achizitoare în caietul de sarcini, aplicarea eronată de către achizitoare a factorului de evaluare „*termenul de execuție al contractului*” (prevăzut în fișa de date a achiziției, cap. II.2.5, pagina 3), în condițiile în care, deși Asocierea a avut un termen propus mai mare, a obținut

același punctaj cu cel obținut de către ..., la neconformitatea *Graficului general de realizare a investiției*, la necorelarea propunerii financiare, în sensul că, în cadrul Centralizatorului F1, respectiv F2, apare inserat Devizul nr. 036- dotări, respectiv Devizul 061-Montaj dotări teren sport+urban, iar în calculul valorii totale ofertate, nu s-a regăsit suma de 4.760,79 lei aferentă Articolului de montaj mobilier+teren de sport (în cadrul documentației de atribuire neregăsindu-se acest deviz).

Subliniind încă odată faptul că, deși a înaintat adresa nr. 167/03.03.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 11534/04.03.2022, intitulată „punct de vedere”, ... a îndeplinit pur formal **obligatia legală** ce-i revenea în condițiile în care aceasta nu a transmis un veritabil punct de vedere și nu a expus argumentele sale punctuale vizavi de criticile aduse de către ..., Consiliul constată că, asupra aspectelor criticate de către ... și expuse, în mod succint, anterior în considerente, nu se poate pronunța în condițiile în care, din verificarea documentelor aflate la dosarul achiziției publice, reiese că achizitoarea a procedat, de asemenea, doar în mod formal la verificarea răspunsurilor furnizate de către Asocieria ... - la clarificările ce i-au fost solicitate de comisia de evaluare în etapa de evaluare a ofertelor.

Se constată formalismul excesiv al achizitoarei în verificarea efectuată, care nu a verificat răspunsurile în mod punctual, cu încadrarea situațiilor constatate în acestea în *cazurile expres și limitativ prevăzute de lege*, evaluarea ofertei efectuându-se **fără** încadrarea aspectelor clarificate de asocierea ofertantă în situațiile **limitativ** prevăzute de lege-*erori/abateri tehnice minore/clarificări formale sau de confirmare a unor informații deja existente în oferta depusă inițial în procedură și fără justificarea* fiecărei eventuale încadrări sau a fiecărei decizii în parte, vizavi de aspectele clarificate de ASOCIERE.

Or, Consiliul nu poate verifica susținerile contestatorului în condițiile în care nu există decât o analiză *formală* a aspectelor criticate care să se regăsească în evaluarea efectuată de achizitoare, ulterior primirii răspunsurilor la clarificările solicitate Asocierii, ci doar consemnarea, de către aceasta, în procesele-verbale intermediare (*aspect verificat de către Consiliu*) a faptului că ofertanta asociere a răspuns, modul în care a răspuns, precum și enumerarea documentelor depuse de aceasta, **fără a exista o analiză punctuală, din partea comisiei de evaluare**, asupra răspunsurilor Asocierii și a motivului/motivelor pentru care răspunsurile au fost apreciate ca fiind concludente, cu încadrarea situațiilor respective în cazurile prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice și cu trimiteri la prevederile legale incidente fiecărei situații în parte.

Într-o atare situație, Consiliul nu se poate substitui în atribuțiile comisiei de evaluare și nu poate efectua, în locul acesteia, evaluarea, rolul său fiind acela de verificare a legalității deciziilor dispuse de o autoritate contractantă vizavi de ofertele depuse în cadrul unei proceduri de atribuire.

Niciunde nu se regăsește analiza membrilor comisiei de evaluare vizavi de incidența/neincidența dispozițiilor legale amintite, înscrisurile existente la dosarul achiziției publice (procesele-verbale intermediare-a se vedea vol. 2/2 din D.A.P.) consemnând doar solicitările ce i-au fost adresate, răspunsurile Asocierii, documentele depuse și concluziile comisiei de evaluare, *fără argumentarea acestora și încadrarea situațiilor constatate în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege.*

Mai departe, în mod similar și în cuprinsul Raportului procedurii nr. 161/18.02.2022 se regăsește consemnată analiza membrilor comisiei de evaluare în aceeași manieră, mai sus redată.

Luând la cunoștință despre lipsurile/neconcordanțele constatate, autoritatea contractantă trebuia să le cuantifice în mod individual/distinct pe fiecare și să stabilească dacă se pot încadra în categoria *abaterilor tehnice minore/vicii de formă, completări formale sau de confirmare care pot fi acceptate* sau, în caz contrar, motive de neconformitate care să atragă respingerea ofertei.

Prin raportare la prevederile legale incidente (art. 135 din H.G. nr. 395/2016 și următ.), rezultă că autoritatea trebuia să determine dacă deficiențele sesizate în oferta Asocierii ... - se încadrează în vreuna dintre situațiile expuse anterior.

În speță, niciunde, autoritatea contractantă ***nu explică*** de ce neregulile, completările, documentele noi, fișele tehnice depuse ulterior solicitărilor de clarificări au putut fi acceptate, cu încadrarea acestora în vreuna dintre situațiile prevăzute de lege și argumentarea acestora, legiuitorul stabilind la art. 134 din H.G. nr. 395/2016, conduita membrilor comisiei de evaluare.

Fără a intra în detalii, în condițiile în care, așa cum s-a arătat anterior, comisia de evaluare nu a procedat la verificarea riguroasă a răspunsurilor furnizate de Asocierea ... - și încadrarea *punctuală* a fiecărei situații existente, vizavi de oferta Asocierii în discuție, în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege, Consiliul constată că aspectele ce vizează nedepunerea „*Garanției de bună execuție*” conform formularului pus la dispoziție de achizitoare în cadrul documentației de atribuire (nefiind menționată modalitatea de constituire a acesteia, deși garanția de bună execuție trebuia constituită în conformitate cu art. 40 din HG nr. 395/2016, conform mențiunilor din fișa de date a achiziției, cap. III 1.6.b), neprezentarea *centralizatorului cu lucrările executate de asociați/subcontractanți*, conform mențiunii din fișa de date a achiziției, Cap. IV.4.2, care arată că „*Propunerea financiară va cuprinde (...) 2. Centralizatorul cu lucrările executate de asociați, subcontractanți*”, redepunerea de către Asociere a fișelor tehnice 3, 13, și 14 în condițiile în care cele depuse inițial, odată cu oferta, nu conțineau toate specificațiile minime impuse de achizitoare în caietul de sarcini, la neconformitatea *Graficului general de realizare a investiției*, la necorelarea propunerii financiare, în sensul că, în cadrul Centralizatorului F1, respectiv F2, apare inserat Devizul nr. 036- dotări, respectiv Devizul 061-Montaj dotări teren sport+urban, iar în calculul valorii totale ofertate, nu s-a regăsit suma de 4.760,79 lei aferentă Articolului de montaj mobilier+teren de sport (în cadrul documentației de atribuire neregăsindu-se acest deviz) nu vor face obiectul analizei și verificării de către Consiliu (*rolul organismului jurisprudențial fiind stabilit de dispozițiile art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: Consiliul este competent să soluționeze contestațiile cu privire la procedurile de atribuire a contractelor prin complete specializate constituite potrivit regulamentului de organizare și funcționare aprobat potrivit art. 37 alin. (2).*” Așadar atribuțiile Consiliului, potrivit prevederilor legale, sunt de analizare, din punct de vedere al legalității și temeiniciei, a actelor emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire în cauză și atacate de către persoana vătămată), obligația aceasta revenindu-i autorității contractante, motiv pentru care, sub acest aspect, Consiliul admite criticile aduse de către ... și dispune obligarea... la

reevaluarea ofertei depusă de către Asocieria ... -, cu reverificarea răspunsurilor furnizate de acesta la solicitările de clarificări ce i-au fost solicitate în etapa de evaluare și la consemnarea **concluziilor motivate**, inclusiv prin **încadrarea** acestora în cazurile prevăzute de legislația în materia achizițiilor publice, într-un proces-verbal intermediar.

Concluzii de admitere are Consiliu și în referire la critica ce vizează aplicarea eronată de către achizitoare a factorului de evaluare „*termenul de execuție al contractului*” (prevăzut în fișa de date a achiziției, cap. II.2.5, pagina 3), în condițiile în care, deși Asocieria a avut un termen propus mai mare, a obținut același punctaj cu cel obținut de către ...

Astfel, prin raportare la prevederea din documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, unde s-a menționat „*II.2.5 Criterii de atribuire Cel mai bun raport calitate – preț, Denumire factor evaluare Descriere Pondere*

Garanția extinsă acordată Componenta tehnica 15%

Punctaj maxim factor: 15

Termenul de execuție a contractului

Componenta tehnica 15%

Punctaj maxim factor: 15”, achizitoarea nu putea să acorde același punctaj ofertelor Asocieria ... - și ... în condițiile în care acești ofertanți au propus termene de execuție diferite, respectiv 15 luni-Asocieria și 12 luni ... (aspect consemnat în procesul-verbal nr. 140/12.01.2022).

Relevante sub acest aspect sunt și susținerile contestatorului conform cărora „*Conform fișei de date a achiziției și caietului de sarcini, doar oferta cu termenul cel mai mic primește 15 puncte, în speță, autoritatea contractantă nu putea să aplice același număr de puncte și ofertei câștigătoare, care are un termen de execuție mai mare, respectiv 15 luni. Or, în atare situație, oferta câștigătoare putea beneficia de maxim 12 puncte. Prin această atitudine, autoritatea contractantă a încălcat unul din principiile fundamentale care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv „tratamentul egal”.*”

Într-o atare situație, constatând că achizitoarea a aplicat în mod eronat propriul algoritm de calcul stabilit pentru factorul de evaluare „*termenul de execuție al contractului*” (prevăzut în fișa de date a achiziției, cap. II.2.5, pagina 3), Consiliul anulează modalitatea în care achizitoarea a aplicat criteriul de atribuire în ceea ce privește factorul de evaluare menționat anterior și obligă autoritatea contractantă să reia procedura de atribuire, pentru considerentele anterioare și să aplice în mod corect factorul de evaluare (dacă va mai fi cazul), doar după efectuarea celorlalte aspecte pe care le are de clarificat/lămurit/încadrat, aspecte ce au fost analizate anterior în considerente.

Excepția vizavi de care analiza pe care o poate efectua Consiliul în această investiție, raportat la susținerile contestatorului, este legată de documentele, considerate de ... ca fiind noi, ce au fost depuse de către Asocieria ... - la solicitarea achizitoarei (*certIFICATELE FISCALE, „Declarația pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor și taxelor la bugetul general consolidat” pentru punctele de lucru secundare și nedepunerea certificatelor fiscale aferente acestor puncte de lucru*).

Asupra acestei chestiuni, Consiliul subliniază caracterul neîntemeiat al susținerilor contestatorului, în condițiile în care prezintă relevanță în cauză prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, conform cărora „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice

operator economic despre care are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat.

(2) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire un operator economic în cazul în care poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

(3) Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.(...)

Art. 196:

(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați.”

Din economia dispozițiilor legale mai sus invocate se reține intenția legiuitorului vizavi de acceptarea de către autoritățile contractante a ofertanților care anterior deciziei de excludere, își îndeplinesc obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.

Reiese că acest aspect legat de documentele ce vizează îndeplinirea obligațiilor privind plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate de un ofertant nu reprezintă o chestiune care să nu poată fi clarificată, chiar printr-o succesiune de clarificări și prin depunerea de documente noi ca răspuns la acestea (ca în prezenta speță, cu atât mai mult cu cât era vorba despre o ofertă care a fost desemnată câștigătoare), scopul urmărit fiind demonstrarea lipsei obligațiilor/achitării acestora, printr-un astfel de demers nefiind încălcat principiul tratamentului egal, cum eronat susține contestatorul.

Așadar, depunerea acestor documente, considerate *documente noi* de către ..., nu a constituit un demers nelegal al achizitoarei, susținerile contestatorului sub acest aspect fiind neîntemeiate.

Concluzionând, în raport de cele anterior reținute, Consiliul constată că nu se poate substitui în atribuții comisiei de evaluare, motiv pentru care se impune reevaluarea ofertei depuse de către Asocieria ... - ..., prin

reverificarea de către membrii comisiei de evaluare a tuturor aspectelor mai sus reținute.

În consecință, pentru toate considerentele expuse anterior, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu

Anulează procesul-verbal nr. 140/12.01.2022, procesul-verbal nr. 144/14.01.2022, procesele-verbale ulterioare acestuia, raportul procedurii nr. 161/18.02.2022, în partea ce vizează oferta depusă de către Asocieria ... - ..., precum și actele subsecvente acestora, inclusiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depusă de către Asocieria ... - ... și la emiterea unor noi procese-verbale de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată prin avocat ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ...

Anulează procesul-verbal nr. 140/12.01.2022, procesul-verbal nr. 144/14.01.2022, procesele-verbale ulterioare acestuia, raportul procedurii nr. 161/18.02.2022, în partea ce vizează oferta depusă de către Asocieria ... - ..., precum și actele subsecvente acestora, inclusiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depusă de către Asocieria ... - ... și la emiterea unor noi procese-verbale de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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 4 (patru) exemplare originale, conține 20 (douăzeci) pagini