

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

DECIZIE

Nr. 870/C2/754, 768

Data: 28.04.2021

I. Prin contestația nr. 262/02.04.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 17064/02.04.2021, formulată de SRL, cu sediul în, comuna, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J37/718/2018, având CUI, reprezentată legal prin, formulată împotriva raportului procedurii nr. 18259/25.03.2021 și a procesului-verbal nr. 17128/22.03.2021, emise de către, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de lucrări de construcții și instalații, dotări, construcții și instalații aferente măsurilor conexe, organizare de șantier în cadrul proiectului Creșterea eficienței energetice a clădirilor publice din Municipiul – Școala Generală Dimitrie Sturdza Nr. 10, str. 1 Decembrie 1918, nr. 26, localitatea, județul”, cod SMIS 118527, cod CPV principal – 45000000-7 – Lucrări de construcții (Rev.2), s-a solicitat „admiterea contestației cu următoarele consecințe:

- nr. 18259/25.03.2021, precum și în parte a procesului-verbal nr. 17128/22.03.2021, în ceea ce privește constatările răspunsului oferit de subscrisa la solicitările de clarificări, precum și a tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă, cu consecința întoarcerii etapei de evaluare la faza inițială DUAE și procedarea la reevaluarea ofertei subscrisei;

- *punerea la dispoziție a ofertei tehnice și financiare a ofertantului câștigător .., având în vedere considerentele pe care le vom detalia în cadrul contestației;*

- *constatarea faptului că oferta câștigătoare nu îndeplinește criteriile tehnice impuse de autoritatea contractantă, în materia execuției autorizate de lucrări ISU (aceasta constatare preliminară o putem avea doar prin faptul că nu a fost declarat nici un subcontractant autorizat, iar ofertantul în sine nu este autorizat IGSU*

pentru aceste lucrări) conform prevederilor caietului de sarcini și dispunerea măsurilor ce se impun;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației conform prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea 101/2016 actualizată și modificată, având în vedere repercusiunile demersului autorității contractante”.

Prin încheierea nr. 1001/C2/754/09.04.2021, Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii, în sensul respingerii ei, ca nefondată.

II. Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 17216/05.04.2021, formulată de SA, cu sediul în, str. Alecu Russo nr. 2-4, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată convențional prin avocat, împotriva comunicării de respingere a ofertei sale precum și împotriva raportului procedurii nr. 18259/25.03.2021, emise de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, s-a solicitat anularea actelor amintite, anularea procesului-verbal nr. 17692/23.03.2021, privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după, cu factorii de evaluare, anularea procesului-verbal nr. 17765/25.03.2021, privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice și reluarea procedurii de atribuire și reluarea ofertei prezentate de aceasta, cu respectarea dispozițiilor legale, cu consecința declarării ofertei acesteia drept admisibilă și câștigătoare.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

I. Prin contestația formulată, ... SRL critică raportul procedurii nr. 18259/25.03.2021 și procesul-verbal nr. 17128/22.03.2021, emise de către, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În prealabil, contestatorul arată că autoritatea contractantă, în mod voit, a refuzat să îi pună la dispoziție oferta declarată câștigătoare, o primă cerere adresată Consiliului vizând, astfel, obligarea autorității contractante la punerea la dispoziție a întregului dosar al achiziției publice, inclusiv a ofertei indicate.

De asemenea, contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă nu i-a comunicat respingerea ofertei sale, luând cunoștință de motivele de excludere a ofertei sale din raportul procedurii publicat în SEAP, la paginile 40-42.

În fapt, contestatorul arată că, în urma evaluării ofertelor, comisia de evaluare i-a solicitat o serie de clarificări cu referire la *"modalitatea efectivă de acordare a susținerii de către terțul susținător cu experiența similară"* respectiv, *"Având în vedere că lista resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, prezentată de terțul susținător în documentele de calificare la pag.14 nu are nici o legătură cu specificul lucrărilor aferente acestei proceduri, vă rugăm să ne prezentați cum pot fi efectuate lucrările acestui contract cu resursele tehnice prezentate de terțul susținător"*, adresă de clarificări care, în opinia sa, încalcă prevederile legislației în domeniu în materia transmiterii solicitărilor de clarificări, deoarece nu a fost semnată cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii acreditat.

Prin răspunsul nr. 145/16.03.2021, subliniază contestatorul, a prezentat, în paralel, pentru o mai bună identificare a corespondenței utilajelor declarate cu cele ce reies din formularul C8, formular deja depus în cadrul ofertei tehnice la finalul listelor de cantități fără valori, și care rezultă după rularea în programul de deviz chiar a listelor de cantități ale autorității contractante, reieșind utilajele/echipamentele necesare și consumul orar al acestora. De asemenea, arată contestatorul, așa cum rezultă din angajamentul de susținere, majoritatea utilajelor declarate de terțul susținător au un corespondent direct în Extrasul C8 - fără valori din propunerea tehnică.

Deși, în opinia contestatorului, răspunsul a fost explicit și detaliat, comisia de evaluare nu a înțeles rolul utilajelor prezentate, care, în mare parte, se regăsesc și în formularul C8 rezultat ulterior rulării listelor de cantități fără valori, mai ales că ofertanților li s-a permis, prin nepublicarea extraselor comasate de material, resurse umane, utilaje și de transport, cotarea propriile norme. Singura concluzie a comisiei de evaluare, care este, de altfel, și motivul descalificării ofertei, este cea din raportul procedurii publicat pe SICAP, la paginile 40-42, unde se menționează că "În urma evaluării răspunsului nr. 145/16.03.2021 primit în SICAP în 16.03.2021 la solicitarea de clarificări nr. 15502/16.03.2021, comisia de evaluare a constatat că ofertantul a transmis Formularul C8 fără valori prezentat în propunerea tehnică a acestuia nu lista resurselor tehnice pe care terțul susținător le pune la dispoziție. Solicitare adresată de comisia de evaluare se referă la experiența similară a ofertantului, respectiv la modul în care terțul susținător asigură sprijinul tehnic în caz de necesitate conform angajamentului de susținere. Având în vedere că lista resurselor tehnice pe care terțul susținător le pune la dispoziția autorității contractante în ANEXA LA ANGAMANETUL FERM PRIVIND SUSȚINEREA TEHNICĂ VIZÂND EXPERIENȚA SIMILARĂ (Formularul 2A) nu are nici o legătură cu specificul lucrărilor, comisia de evaluare declară oferta SC SRL, inacceptabilă".

Având în vedere motivul respingerii arătat, contestatorul susține că singurele argumente pe care comisia de evaluare le-a avut în vederea descalificării ofertei sale, reprezintă, în fapt, necunoașterea detaliilor tehnice ale propriei proceduri publicate, procedură care implică și utilizarea acelor utilaje. Mai mult, apreciază contestatorul, nu există nicio argumentare de ce acele resurse tehnice nu ar fi bune la execuția contractului.

Contrar celor reținute de comisia de evaluare, contestatorul solicită Consiliului să constate că utilajele prezentate ca anexă la angajamentul de susținere au un corespondent real și în Formularul C8 fără valori, având rol în execuția lucrărilor, și să anuleze procesul-verbal sau partea din cadrul acestuia în care comisia de evaluare a respins oferta sa, cu consecința reevaluării și admiterii răspunsului, și, implicit, reevaluarea ofertei în conformitate cu normele legale.

În continuare, contestatorul aduce critici ofertei declarată câștigătoare, solicitând Consiliului să verifice îndeplinirea de către aceasta a condițiilor impuse prin caietul de sarcini, referitoare la capacitatea de execuție a tuturor tipurilor de lucrări, cu personal și de către firme autorizate în acest sens, întrucât, în urma verificărilor efectuate, s-a constatat că nu este autorizat ISU în vederea execuției lucrărilor de avertizare, semnalizare, stingere, detecție și desfumare, lucrări ce sunt incluse în cadrul prezentului proiect.

Contestatorul mai solicită Consiliului obligarea autorității contractante să-i pună la dispoziție oferta declarată câștigătoare în vederea formulării unor concluzii scrise privind admisibilitatea acesteia sub toate aspectele, fie obligarea autorității contractante la verificarea reală a acestor aspecte.

Un ultim aspect învedereat de contestator face referire la analiza defectuoasă a ofertelor, solicitând constatarea gravelor deficiențe ale procesului de evaluare și, implicit, refuzul nejustificat de a oferi accesul la dosarul procedurii, netransmiterea unei comunicări motivate în fapt și în drept de respingere a ofertei, precum și că autoritatea contractantă nu cunoaște prevederile legale în domeniul achizițiilor publice.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, actualizată.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 21208/07.04.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 17962/07.04.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca inadmisibilă și neîntemeiată.

Autoritatea contractantă arată că, în raport cu cerințele fișei de date a achiziției din secțiunea IV.4.1. Modul de prezentare al propunerii tehnice, în DUAE depus de ofertantul contestator, la Partea IV: Criterii de selecție C: CAPACITATEA TEHNICĂ ȘI PROFESIONALĂ, s-a menționat că aceasta este asigurată de terțul susținător SC ACS

NEW ANTREPRENOR CONSTRUCT SRL. În sprijinul celor menționate în DUAЕ și a cerințelor din fișa de date a achiziției, ofertantul a depus, în cadrul propunerii tehnice, angajamentul privind susținerea tehnică vizând experiența similară, iar, în urma analizării documentelor, comisia de evaluare a constatat că lista resurselor tehnice prezentate de terțul susținător nu are nici o legătură cu Centralizatorul C8 din cadrul proiectului tehnic, aspect care a condus la solicitarea de clarificări nr. 15502/15.03.2021.

Prin răspuns, ofertantul, în loc să lămurească neconcordanța între Lista resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică de către terțul susținător conform Angajamentului de susținere tehnică (Formularul F2), putând chiar să înlocuiască respectivul terț, a ales să ignore solicitarea adresată de comisia de evaluare și să prezinte Centralizatorul C8 cu resursele materiale din cadrul propunerii tehnice.

Drept urmare, comisia de evaluare a concluzionat că ofertantul nu poate dovedi experiența similară solicitată datorită modului în care terțul susținător asigură sprijinul tehnic în caz de necesitate conform angajamentului de susținere, declarând oferta inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG. 395/2016 și respinsă în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (1) din HG 395/2016.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea solicitării de anulare a raportului procedurii nr. 18259/25.03.2021, a procesului-verbal nr. 17128/22.03.2021 și a tuturor actelor subsecvente emise contestației, ca fiind inadmisibilă și neîntemeiată.

Referitor la solicitarea contestatorului de punere la dispoziție a ofertei tehnice și financiare a ofertantului câștigător, autoritatea contractantă învederează că acesta din urmă a declarat că toată propunerea tehnică, financiară, DUAЕ și documentele de calificare sunt confidențiale, drept care solicitarea contestatorului este neîntemeiată și inadmisibilă.

Criticile aduse ofertei declarată câștigătoare sunt apreciate de autoritatea contractantă ca fiind pur speculative, întrucât comisia de evaluare, în urma analizării ofertei, a apreciat că aceasta corespunde în totalitate cerințelor caietului de sarcini.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca inadmisibilă și neîntemeiată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

II. Prin contestația formulată, ... SA critică adresa de comunicare a deciziei de respingere a ofertei sale, precum și raportul procedurii nr. 18259/25.03.2021, emise de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând anularea actelor amintite, anularea procesului-verbal nr. 17692/23.03.2021, privind evaluarea conformității

propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, ulterior, cu factorii de evaluare, anularea procesului-verbal nr. 17765/25.03.2021, privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice și reluarea procedurii de atribuire și reluarea ofertei prezentate de aceasta, cu respectarea dispozițiilor legale, cu consecința declarării ofertei acesteia drept admisibilă și câștigătoare.

În fapt, contestatorul arată că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că prin răspunsurile la solicitările de clarificare oferta sa a fost modificată.

Contrar celor reținute de comisia de evaluare, contestatorul susține că propunerea tehnică nu a fost modificată, prin răspunsul la solicitările de clarificare arătându-se unde anume se regăsesc informațiile solicitate, informații care au fost prezentate încă din momentul depunerii ofertei, în propunerea tehnică.

Astfel, contestatorul consideră că oferta sa a fost respinsă în mod nelegal, cu încălcarea prevederilor legislației achizițiilor publice, impunându-se, astfel, anularea acestui rezultat, cu consecința declarării ofertei sale drept câștigătoare având în vedere prețul ofertat, cu o valoare financiară mai mică decât cea a ofertantului declarat câștigător.

În argumentare, contestatorul mai arată că, în cadrul propunerii tehnice, prin *Declarația privind asumarea în totalitate a specificațiilor prevăzute în caietul de sarcini și proiectul tehnic*, a declarat că respectă specificațiile întocmai cum au fost acestea solicitate, aspect asumat și prin intermediul *Memoriului tehnic cu descrierea lucrărilor, Prezentarea modului de realizare a lucrărilor*.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă avea obligația de a verifica aceste informații prezentate înainte de a decide respingerea ofertei sale.

Contestatorul apreciază că măsura de respingere a ofertei sale încalcă legislația achizițiilor publice și principiul proporționalității, fiind una excesivă, întrucât, chiar și în ipoteza modificării ofertei tehnice, această pretinsă modificare nu ar conduce la încălcarea tratamentului egal și nu ar aduce nici un avantaj societății sale și nu ar modifica clasamentul ofertanților, cel mult s-ar încadra în categoria viciilor de formă sau abaterilor tehnice minore, ipoteze în care oferta își păstrează admisibilitatea și nu este respinsă.

În situația în care Consiliu invalidează argumentarea privind nemodificarea ofertei, contestatorul solicită încadrarea acestor modificări în categoria viciilor de formă ori abaterilor tehnice minore, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (7) lit. a) și b), precum și ale art. 135 din HG nr. 395/2016. Raționamentul potrivit căruia măsura respingerii unei oferte într-un context precum cel din prezenta cauză

este una excesivă și încalcă principiile achizițiilor publice, a fost reținut și de către CNSC prin deciziile BO2016_2162 și BO2017_5613.

Având în vedere motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 21207/07.04.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 17951/07.04.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată SC SA, ca inadmisibilă și neîntemeiată.

Autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. 17427/22.03.2021, comisia de evaluare i-a solicitat contestatorului clarificări la propunerea tehnică, respectiv să precizeze unde se regăsește descrierea calității materialelor utilizate, solicitarea bazată pe cerința clară a caietului de sarcini Cap. 4, paragraful 1 și 7, conform căreia *materialele utilizate vor fi însoțite de documente de calitate/conformitate și proveniență*.

Prin răspuns, contestatorul a precizat că toate aceste informații se regăsesc în Memoriul tehnic, la pagina 16 din propunerea tehnică. Singura frază referitoare la descrierea calității materialelor, și anume *„Materialele, echipamentele si aparatele vor trebui să facă fața cerințelor de calitate impuse de Legea 10/95, modificată prin Legea 177/2015. Materialele, echipamentele și aparatele utilizate vor fi însoțite de-certificatul de calitate al furnizorului, fișe tehnice și specificații caracteristice produsului și durata de viață în exploatarea în care se mențin aceste caracteristici, instrucțiuni de montare, probare întreținere și exploatare ale produsului, certificat de garanție, certificat de atestare a calității și a performanțelor (agremente tehnice MLPAT, avize tehnice, procese-verbale de omologare) emise de instituții de specialitate abilitate în acest scop”*, a fost considerată de comisia de evaluare insuficientă și în neconcordanță cu cerințele caietului de sarcini.

Potrivit autorității contractante, contestatarul, constatând lipsa descrierii calității materialelor așa cum a fost solicitat în caietul de sarcini, a transmis, prin răspunsul la clarificări, informațiile care trebuiau să fie cuprinse de la început în propunerea tehnică.

Afirmația contestatorului conform căreia informațiile respective au fost prezentate încă din momentul depunerii ofertei, este nefondată, în opinia autorității contractante, așa cum rezultă din singura frază referitoare la descrierea calității materialelor din propunerea tehnică comparativ cu informațiile prezentate ca răspuns la solicitarea de clarificări.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul a modificat oferta tehnică prin prezentarea unor informații care nu se regăseau în oferta inițială, acestea nefiind o completare a unor informații deja existente.

Or, această omisiune din oferta tehnică nu poate fi încadrată drept viciu de formă sau abatere tehnică minoră, așa cum în mod eronat

susține contestatorul, întrucât această corectare ar modifica clasamentul final, cuantificarea acestei omisiuni nefiind posibilă pentru a se încadra în cei 1% prevăzuți de lege.

Solicitarea contestatorului de reevaluare a ofertei sale, în opinia autorității contractante, este nefondată întrucât eventuala declarare a ofertei drept câștigătoare depinde în mare măsura de rezultatul evaluării financiare, autoritatea contractantă neavând acces până la acest moment de oferta financiară a contestatorului.

Față de cele precizate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depusă de SC SA, ca fiind inadmisibilă și neîntemeiată.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 18564/09.04.2021, SC SA a formulat un răspuns, solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În opinia SC SA, prin punctul de vedere autoritatea contractantă nu prezintă argumente care combat cele prezentate în cadrul contestației, rezumându-se la simple afirmații, fără a demonstra în vreun fel temeinicia și legalitatea acestora.

Mențiunea din cadrul fișei de date a achiziției cu privire la faptul că materialele utilizate vor fi însoțite de documente de calitate/conformitate și proveniență, potrivit contestatorului, este lipsită de relevanță având în vedere că această mențiune reprezintă o informație ce nu naște în sarcina ofertantului obligația prezentării unor documente cu ocazia înaintării propunerii tehnice, iar prezentarea documentelor respective se face pe parcursul desfășurării lucrărilor, astfel cum rezultă din graficele de execuție, acesta reprezentând momentul nașterii obligației în sarcina persoanei ce are calitatea de executant, nu de ofertant.

Contrar celor reținute de autoritatea contractantă, obligația descrierii calității materialelor utilizate nu echivalează cu obligația enumerării și individualizării materialelor și a caracteristicilor tehnice ale acestora. Cu toate acestea, prin răspunsul la solicitarea de clarificări au fost prezentate inclusiv aceste caracteristici tehnice.

În cazul în care s-ar accepta raționamentul autorității contractante, ar însemna că simpla copiere a cerințelor minime din cadrul proiectului tehnic nu ar mai fi condus la respingerea ofertei sale.

Referitor la pretinsa modificare a ofertei inițiale, SC SA reiterează cele susținute în contestație. Potrivit contestatorului, chiar dacă s-ar considera că propunerea tehnică nu conținea informațiile cu privire la descrierea calității materialelor utilizate, efectuarea precizărilor ulterioare din cadrul răspunsurilor la solicitarea de clarificări nu reprezintă o modificare a ofertei inițiale.

În aceste condiții, motivul respingerii ofertei nu ar fi trebuit să fie reprezentat de modificarea ofertei, ci de lipsa respectării cerințelor caietului de sarcini. În cazul de față, în răspunsul la solicitările de clarificare nu a existat o modificare a propunerii tehnice, fiind vorba

doar de prezentarea unor informații care se regăseau deja în propunerea tehnică inițială, având rol de completare, și a căror prezentare, în acel moment, nu duceau la depunerea unei noi oferte.

În concluzie, respingerea ofertei, ca inacceptabilă, în opinia contestatorului, este nelegală și excesivă, impunându-se admiterea contestației.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de lucrări de construcții și instalații, dotări, construcții și instalații aferente măsurilor conexe, organizare de șantier în cadrul proiectului Creșterea eficienței energetice a clădirilor publice din Municipiul – Școala Generală Dimitrie Sturdza Nr. 10, str. 1 Decembrie 1918, nr. 26, localitatea, județul, cod SMIS 118527, cod CPV principal – 45000000-7 – Lucrări de construcții (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1082361/02.03.2020.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 3 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 18259/25.03.2021, în cuprinsul căruia s-a consemnat modul de desfășurare al procedurii, respingerea a două oferte, precum și admisibilitatea și desemnarea câștigătoare a ofertei depusă de

Nemulțumiți de acest rezultat, ... SRL și SA, (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016), au formulat contestațiile de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Din economia motivelor expuse în cadrul contestației înaintată de SRL, Consiliul observă că ofertantul contestator reclamă, pe de o parte, modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta sa, precum și pe cea desemnată câștigătoare, iar, pe de altă parte, respectarea de către comisia de evaluare a obligațiilor de comunicare stabilite în sarcina sa, precum și atitudinea acesteia cu ocazia soluționării cererii de studiere a dosarului achiziției.

Față de acest din urmă aspect, așa cum rezultă din probatoriul administrat, Consiliul constată că SRL a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 241/30.03.2021, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, acces la anumite documente regăsite la dosarul achiziției, precum și alte informații din partea achizitorului, la care a primit răspuns conform adresei nr. 19491/R/31.03.2021 (pag. 174 și 178 din dosarul cauzei).

Relativ la criticile contestatorului, se reține că accesul la dosarul achiziției publice la sediul autorității contractante, se face în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră „(5) 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 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” și „(6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale”. De asemenea, sunt reținute și prevederile art. 57 din același act normativ „(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală....” și „(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”.

Din economia acestor prevederi legale, Consiliul observă că accesul persoanelor la dosarul achiziției publice se realizează cu respectarea legislației privind liberul acces la informațiile de interes public, așadar, situația nerespectării dispozițiilor art. 217 din Legea nr. 98/2016, cade sub incidența Legii nr. 544/2001, iar, conform dispozițiilor art. 22 alin. (1) din această lege, persoana care se consideră vătămată poate promova o acțiune la instanța de judecată competentă, CNSC nefiind abilitat să se pronunțe cu privire la respectarea dispozițiilor actului normativ indicat.

Această interpretare este susținută de faptul că excepția indicată la art. 217 alin. (6), anterior citat, face referire la termenul în care ofertanților/candidaților în cadrul unei proceduri de achiziție publică li se asigură accesul și la tipul de documente la care le este permis accesul, iar nu la legislația în baza căreia se realizează acest demers.

Se reține, totodată, că autorul contestației nu s-a prevalat de dreptul conferit de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, care îi permitea solicitarea accesului la dosarul constituit pe rolul CNSC, Consiliului nefiindu-i adresată nicio cerere în acest sens.

Date fiind cele de mai sus, Consiliul constată caracterul inadmisibil al cererii contestatorului de obligare a autorității contractante la *„punerea la dispoziție a ofertei tehnice și financiare a ofertantului desemnat câștigător...”*.

Față de criticile contestatorului vizând modul în care i-a fost comunicat rezultatul procedurii, Consiliul reține relevanța dispozițiilor art. 215 din Legea nr. 98/2016, conform cu care: „Alin. (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. Alin. (2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă **are obligația** de a cuprinde: ... b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale;”.

Din documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, nu rezultă îndeplinirea acestei obligații de către autoritatea contractantă, criticile contestatorului apărând întemeiate.

Mesajul afișat de sistemul SEAP, prin prisma prevederilor legale susenunțate, apreciază Consiliul că nu poate reprezenta o comunicare a rezultatului procedurii de atribuire în sensul prevederilor legale citate mai sus, deoarece, pe de o parte, mesajul în discuție nu provine de la autoritatea contractantă, ci a fost generat automat de sistemul SEAP, iar, pe de altă parte, nici nu conține informațiile pe care trebuie să le cuprindă comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Chiar dacă în cauză este vorba despre o procedură derulată online, după ce sistemul electronic generează automat rezultatul procedurii, „Autoritatea contractantă are obligația de a efectua și comunicările prevăzute la secțiunea a 13-a a cap.IV din Lege”, după cum prevede art. 142 alin. (2) din H.G. 395/2016.

Cu toate acestea, Consiliul constată că o eventuală admitere a contestației exclusiv sub aspectul obligării autorității contractante de a transmite ofertantului contestator o comunicare care să respecte rigorile articolului sus-enunțat, ar reprezenta un demers pur formal, câtă vreme acesta a cunoscut, la momentul formulării contestației, toate motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, putându-și exercita, așadar, în cunoștință de cauză, dreptul său la apărare.

În acest context, Consiliul va proceda la analizarea temeiniciei deciziei de respingere a ofertei contestatorului, prin prisma motivului reținut de comisia de evaluare în cuprinsul Procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc și îndeplinirea cerințelor de calificare, înregistrat sub nr. 17128/22.03.2021, acesta fiind, în fapt, singurul înscris întocmit de comisia de evaluare în cuprinsul căruia sunt expuse motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei SRL.

Astfel, examinând susținerile părților, documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, precum și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, în etapa de analizare a informațiilor din DUAЕ, comisia de evaluare a constatat că ofertantul SRL invocă susținerea terțului New Antreprenor Construct SRL, pentru capacitatea tehnică și profesională, respectiv pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară. În evaluarea informațiilor regăsite în ofertă, membrii comisiei au apreciat că se impune solicitarea de clarificări, după cum urmează: „Având în vedere că Lista resurselor tehnice/profesionale care urmează a fi puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, prezentată de terțul susținător în documentele de calificare la pag. 14 nu are nicio legătură cu specificul lucrărilor aferente acestei proceduri, vă rugăm să ne prezentați cum pot fi efectuate lucrările specifice acestui contract cu resursele tehnice prezentate de terțul susținător.”

Criticile formulate de contestator cu privire la faptul că adresa de clarificare nu ar fi fost semnată electronic, nu vor fi reținute în soluționare, pe de o parte deoarece orice critică adusă cererii în discuție, este evident tardivă la acest moment, iar, pe de altă parte, deoarece prin răspunsul formulat, ofertantul a acceptat, implicit, deficiențele semnalate.

Solicitarea de clarificări a fost materializată prin adresa nr. 15502/15.03.2021, la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 145/16.03.2021, răspuns apreciat neconcludent de comisia de evaluare pe motiv că „...comisia de evaluare a constatat că ofertantul a transmis Formularul C8 fără valori prezentat în propunerea tehnică a acestuia nu lista resurselor tehnice pe care terțul susținător le pune la dispoziție. Solicitarea adresată de comisia de evaluare se referea la experiența similară a ofertantului, respectiv la modul în care terțul susținător asigură sprijin tehnic în caz de necesitate conform angajamentului de susținere. Având în vedere că lista resurselor tehnice pe care terțul susținător le pune la dispoziția autorității contractante în Anexa La Angajamentul ferm privind susținerea tehnică vizând experiența similară (Formularul 2A) nu are nicio legătură cu specificul lucrărilor, comisia de evaluare declară oferta depusă de SRL inacceptabilă.”

Față de considerentele de fapt expuse, se observă că, la cererea de lămurire a autorității contractante, contestatorul a învederat faptul că „din tabelul cu principalele resurse tehnice ce vor fi puse la dispoziție doar în situația în care executantul va întâmpina dificultăți în execuția contractului.... Rezultă că în cazul în care va fi necesar vom putea disponibiliza minim aceste utilaje și echipamente, ca și utilaje mari, făcând abstracție de cele mici și uzuale (bormașini, rotopercutoare etc, care se subînțeleg a fi puse oricum la dispoziție)...”

În soluționare se reține, așadar, că diferendul dedus judecății vizează situația terțului susținător declarat de ofertant în ceea ce privește îndeplinirea cerinței privind experiența similară, în concret, capacitatea acestuia de a executa contractul cu utilajele enumerate în

tabelul regăsit Anexa la Formularul 2 Angajamentul privind susținerea tehnică – Experiența similară a ofertantului.

Sintetizând, se reține că autoritatea contractantă a solicitat ofertantul să lămurească modul în care lucrările specifice contractului pot fi executate cu resursele tehnice prezentate de terț, respectiv cu cele 20 de utilaje indicate în tabelul amintit.

Din răspunsul ofertantului și anume că utilajele respective reprezintă doar utilajele mari utilizate în execuție, restul utilajelor de care ar fi nevoie subînțelegându-se că vor fi „*puse oricum la dispoziție*”, se desprinde concluzia că, în tabelul regăsit în Anexa la Formularul 2, terțul susținător nu a enumerat toate utilajele necesare execuției, omițând indicarea și a utilajelor „mici și uzuale”: bormașini, rotopercutoare etc.

Justificarea lipsei menționării acestora dată de ofertant, și anume că utilizarea lor este subînțeleasă, nu poate fi primită, știut fiind că oferta trebuie să demonstreze capacitatea de a realiza contractul la parametri cantitativi și calitativi impuși prin documentația de atribuire, caracterul admisibil neputând fi constatat în baza unor supoziții.

Trimiterea pe care ofertantul o face în răspunsul său la celelalte utilaje și echipamente cuprinse în ofertă, respectiv la Formularul C8, nu este în măsură să schimbe concluzia de mai sus, având în vedere că resursele celor două entități – ofertant, respectiv terț susținător – nu se analizează împreună, ci separat. Cu alte cuvinte, pentru a lua în considerare, cumulat, resursele a doi operatori economici, trebuia ca aceștia să aibă calitatea de asociați (conform art. 185 alin. 1 din Legea nr. 98/2016), ceea ce nu este cazul în speța de față.

Potrivit fișei de date a achiziției, relativ la posibilitatea ofertanților de a invoca susținerea tehnico-profesională, s-a solicitat:

IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei

Documentele solicitate de la potențialii Ofertanți sunt: ...

5) Angajament al Terțului Susținător (angajament necondiționat) cu privire la susținerea tehnică și profesională a Ofertantului în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională și anexele acestuia constând în documentele transmise operatorului economic Ofertant de către terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv în care aceștia din urmă asigură îndeplinirea angajamentului de susținere [dacă este cazul].

Legislația națională prevede, la art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, faptul că „În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la **experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări**”. Se mai reține, totodată, că, prin OUG nr. 107/2017, legiuitorul a abrogat dispozițiile art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, care prevedeau că „În cazul în care susținerea terțului/terților vizează resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului”.

Aplicând dispozițiile legale în vigoare, Consiliul constată că experiența similară solicitată prin fișa de date a achiziției, reprezintă, în fapt, „experiența profesională relevantă” la care face referire și art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De altfel, experiența similară nici nu poate fi considerată o resursă transmisibilă, dat fiind că rolul ei este acela de a dovedi că beneficiarul respectivei experiențe a mai executat contracte de aceeași complexitate cu cel supus achiziției.

Pentru a clarifica și mai mult această interpretare, Consiliul face trimitere și la legislația europeană, prevederile art. 63 *Utilizarea capacităților altor entități*, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, dispunând următoarele:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. **În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. (...)**”.

În jurisprudența europeană, în cauza C-324/14 Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, cu participarea Remondis sp. z o.o., MR Road Servi-ce sp. z.o.o., **CJUE** a dezlegat problema contribuției terțului în ofertare și a implicării lui în derularea contractului, pronunțându-se astfel:

„35 Rezultă că, ținând seama de importanța pe care o prezintă în cadrul reglementării Uniunii în materie de achiziții publice, dreptul consacrat la articolul 47 alineatul (2) și la articolul 48 alineatul (3) din directiva menționată constituie o normă generală de care autoritățile contractante trebuie să țină seama atunci când își exercită competențele de verificare a aptitudinii ofertantului de a executa un contract determinat.

(...)

37 În aceste împrejurări, trebuie precizat, în primul rând, că, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, **ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată).

38 Astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, **un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă**

(...)

41 De asemenea, nu se poate exclude ca, în împrejurări deosebite, având în vedere natura și obiectivele unui contract determinat, capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea unui contract

determinat să nu poată fi transmise ofertantului. **În consecință, în astfel de împrejurări, ofertantul nu se poate prevala de respectivele capacități decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție**".

Din economia celor anterior expuse rezultă că, atunci când susținerea unui terț vizează cerința privind experiența similară, simpla declarație, prin angajament sau alte documente similare, că un operator economic va susține un ofertant nu poate fi considerată o dovadă a îndeplinirii cerinței de calificare vizate de acea susținere, terțul neavând numai atribuții declarative.

Așadar, demersul de clarificare întreprins de către comisia de evaluare a fost, în opinia Consiliului, necesar, câtă vreme cele 20 de utilaje pe care terțul susținător și-a asumat că le utilizează în execuția contractului apăreau insuficiente.

Caracterul nesatisfăcător al resurselor tehnice folosite de terț a fost confirmat chiar de ofertant, prin răspunsul său, în cuprinsul căruia a recunoscut că, în tabelul regăsit în Anexa la *Formularul 2 Angajamentul privind susținerea tehnică – Experiența similară* semnată de terțul susținător au fost enumerate doar utilajele mari, nu și pe cele mici/uzuale, utilizarea acestora fiind, însă, subînțeleasă.

Date fiind cele expuse mai sus, în opinia Consiliului, exprimarea autorității contractante „lista resurselor tehnice pe care terțul susținător le pune la dispoziție ... nu are nicio legătură cu specificul lucrărilor”, trebuie interpretată în sensul că resursele tehnice pe care terțul susținător le pune la dispoziție, așa cum sunt acestea enumerate în Anexa la Angajamentul de susținere, sunt insuficiente pentru execuția contractului, aceasta fiind, în fapt, concluzia corectă și legală care se desprinde din conținutul ofertei și al răspunsului la clarificări.

Față de apărările autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere conform căroră ofertantul ar fi avut posibilitatea înlocuirii terțului declarat, Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).” Așadar, ajungând la concluzia că terțul propus nu și-a demonstrat capacitatea, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite ofertantului să înlocuiască acest terț, demers pe care comisia de evaluare nu l-a efectuat, drept care, Consiliul apreciază că evaluarea ofertei contestatorului nu a fost finalizată.

Pe cale de consecință, va admite criticile analizate, cu consecința obligării autorității contractante la continuarea evaluării ofertei contestatorului, cu respectarea dispozițiilor legale și a considerentelor evocate.

Procedând, în continuare, la analizarea criticilor privind oferta desemnată câștigătoare, respectiv cea depusă de Massimo Alex Edil SRL, Consiliul reține că, în susținere, contestatorul arată că acesta nu

este autorizat ISU în vederea execuției lucrărilor de avertizare, semnalizare, stingere, detecție și desfumare, lucrări incluse în proiect, respectiv ANRE privind execuția instalațiilor electrice.

În argumentare, contestatorul invocă cerința caietului de sarcini „Informații în legătură cu modul de asigurare a execuției tuturor operațiunilor în conformitate cu reglementările legale aplicabile, conform prevederilor legale aplicabile”.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f), comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate ori majorate).

Cerințele privind modul de întocmire a propunerii tehnice nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

În susținerea criticii sale, contestatorul face trimitere la cerințe ale caietului de sarcini prin care autoritatea contractantă a stabilit o obligație generală, în sensul că s-a solicitat ca propunerea tehnică să includă „prezentarea modului de realizare a lucrărilor (planul propus) care va descrie:...informații în legătură cu modul de asigurare a execuției tuturor operațiunilor în conformitate cu reglementările legale aplicabile, conform prevederilor legale aplicabile”, iar nu la o cerință explicită în sensul prezentării, în ofertă, a unei autorizări ISU, respectiv ANRE.

Sub acest aspect, deosebit de relevantă va fi reținută concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului

FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

De asemenea, Consiliul reține că potrivit jurisprudenței constante a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

În Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte.” (punctul 54).

Astfel, prezentarea în ofertă a autorizațiilor la care face referire contestatorul nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principiului transparenței procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

În acest sens sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 „Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”.

- art. 154 „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”,

- art. 181 „Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”.

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, și, în subsidiar, normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că „unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

De asemenea, în conturarea acestei soluții, Consiliul a ținut seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, într-o cauză asemănătoare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unui aviz specific, raționament invalidat de Curtea de apel.

Având în vedere toate aceste considerente, Consiliul va respinge critica analizată mai sus.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii nr. 18259/25.03.2021, în partea care privește evaluarea ofertei SRL, precum și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei menționată, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, va respinge, ca inadmisibilă, solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la *„punerea la dispoziție a ofertei tehnice și financiare a ofertantului desemnat câștigător...”*, și, ca nefondată, pe cea privind oferta desemnată câștigătoare, depusă de

Relativ la contestația secundă, formulată de SA, Consiliul reține că nemulțumirea acestuia vizează decizia de respingere a propriei oferte motivat de faptul că, așa cum a justificat comisia de evaluare, prin răspunsul la clarificări s-ar fi modificat conținutul propunerii tehnice.

În argumentare, contestatorul susține, pe de o parte, că nu a modificat conținutul ofertei sale, iar, pe de altă parte, că pretinsa modificare se încadrează în categoria viciilor de formă sau abaterilor tehnice minore.

În soluționare se reține că toate prevederile documentației de atribuire și-au consolidat forța obligatorie atât față de operatorii economici participanți la procedura de atribuire, care, în lumina dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, trebuie să depună o ofertă care să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, cât și pentru autoritatea contractantă, care, în procesul de evaluare, este ținută să analizeze ofertele primite în raport de cerințele de participare necontestate, așa cum reglementează art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În procesul de evaluare a ofertelor primite, în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite informații, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, însă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. (art. 209 din Legea nr. 98/2016)

Acest drept al autorității contractante se regăsește reglementat și în Normele de aplicare ale Legii nr. 98/2016, dispozițiile art. 127 alin. (1) lit. i) din cuprinsul acestora enumerând, printre atribuțiile comisiei de evaluare și elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor. De asemenea, la art. 134 alin. (1) din același act normativ se arată *„Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte...”*, la alin. (5) și (6) al aceluiași temei legal specificându-se *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*, respectiv *„În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile*

pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Cu toate acestea, la art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016, este instituită o excepție de la dispozițiile alin. (6), conform cu care „oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos: a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire”.

În concluzie, în procesul de evaluare al ofertelor, autoritatea contractantă poate cere ofertanților clarificări și completări formale sau de confirmare a informațiilor regăsite în ofertele prezentate, însă singurele situații în care se permite modificarea acestora sunt doar atunci când modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în categoria abaterilor tehnice minore sau a viciilor de formă. Cele două noțiuni sunt definite de legiuitor la art. 134 alin. (8) – abaterea tehnică minoră și anume „acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte”, respectiv art. 135 din HG nr. 395/2016 – viciile de formă „acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

Se mai reține că orice demers de clarificare întreprins de comisia de evaluare cu un ofertant, trebuie să nu conducă la avantajarea incorectă a acestuia în raport cu ceilalți participanți la procedură. De asemenea, acest demers de clarificare trebuie întreprins cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, principii care stau la baza atribuirii oricărui contract de achiziție publică.

În lumina celor anterior expuse, Consiliul va proceda la analizarea criticilor contestatorului, verificând în ce măsură răspunsul la clarificări aduce modificări propunerii tehnice, prin raportare la cerințele și regulile de întocmire a ofertelor stabilite prin documentația de atribuire, corelativ cu încadrarea acestora în categoria viciilor de formă sau a abaterilor tehnice minore, precum și cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, din susținerile părților și probatoriul administrat, rezultă următoarele:

Potrivit fișei de date a achiziției, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, „Pentru structurarea informației, ofertantul va completa și va include IN MOD OBLIGATORIU în Propunerea sa Tehnică cel puțin următoarele secțiuni: ... 7. În cadrul propunerii tehnice, ofertantul va mai prezenta descrierea calității materialelor ce se vor utiliza la execuția lucrărilor”.

În etapa de evaluare, comisia abilitată a solicitat ofertantului SA clarificări cu privire la propunerea tehnică

depusă, prin adresa nr. 17427/22.03.2021, după cum urmează „În fișa de date a achiziției la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, este solicitat: În cadrul propunerii tehnice ofertantul va mai prezenta descrierea calității materialelor ce se vor utiliza la execuția lucrărilor.

Vă rugăm să ne precizați unde se regăsește în propunerea dumneavoastră tehnică, descrierea calității materialelor ce se vor utiliza în execuția lucrărilor.”

La această solicitare, ofertantul a răspuns prin adresa nr. 361/22.03.2021, astfel: „Toate aceste informații se găsesc în cadrul propunerii tehnice prezentată de SA, în fișierul depus Memoriul tehnic cu descrierea lucrărilor, prezentarea modului de realizare a lucrărilor Cap. B b) Descrierea calității materialelor ce se vor utiliza la execuția lucrărilor pag. 16, unde se prezintă calitatea materialelor folosite la lucrare, și faptul că acestea trebuie să facă față cerințelor de calitate impuse de Legea 10/1995, cu modificările ulterioare.

În propunerea tehnică prezentată, ... SA asigură că va respecta Proiectul tehnic cu toate caracteristicile tehnice ale materialelor puse în operă pentru execuția lucrării, dar pentru a da curs vom enumera caracteristicile tehnice ale materialelor ce se vor utiliza conf. Proiect tehnic:

- Pentru lucrările de izolare termică a fațadelor – parte opacă se va realiza cu vată minerală bazaltică de 20 cm grosime cu caracteristicile tehnice: rezistență la compresiune sau la efortul de compresiune a plăcilor la o deformare dec 10%-CS(10/Y): min.30kPa, la tracțiune perpendiculară pe fete – TR:min.10kPa, în conformitate cu proiectul tehnic

- Pentru lucrările de termoizolare la soclu se va realiza cu polistiren extrudat ignifugat (XPS) de 10cm gr cu caracteristicile tehnice efortul la compresiune al plăcilor de deformare de 10%- CS(10/Y):min.300kPa, rezistent la tracțiune perpendiculară pe fete – TR:min.300kPa, în conformitate cu proiectul tehnic

- Pentru lucrările de izolarea termica a fațadei - parte vitrata se va înlocui tâmplăria exterioara cu tâmplărie exterioara termoizolanta din profile de lemn stratificat cu glaf exterior, geam termoizolant tripan Low-E-Argon-Float-Argon-Low-E(4-16-4-16-4), feronerie oscilo-batanta cu închideri multipunct cu caracteristicile tehnice: comportarea la încovoiere din vânt: clasa C4; Coeficient de transfer termic:1.1W/m2K; Rezistenta la deschidere -închidere repetata: ferestre min: 10.000 cicluri, usi: min.: 100.000 cicluri; etanșeitate la apa: min. clasa E900; Permeabilitatea la aer: min. clasa 4; izolarea la zgomot aerian: min. 35 Db. Tamplaria va fi dotata cu dispozitive/fante/grille pentru aerisirea controlata a spatiilor ocupate si evitarea condensului.

- Pentru izolarea termica a planșeului peste ultimul nivel (cladirea are acoperiș tip șarpanta), termoizolarea acoperișului tip șarpanta se va executa cu sisteme compoziție termoizolare - vata minerala bazaltica cu grosimea termoizolatiei 25 cm cu urmatoarele caracteristici: vata minerala bazaltica (MW), rezistenta la compresiune sau efortul la compresiune a plăcilor la o deformare de 10%-CS(10/Y):min 20kPa, rezistenta la tractiune perpendiculara pe fete -TR: min.10kPa, in conformitate cu Proiectul tehnic.

- Betoanele folosite in execuția lucrărilor: C16/20; C25/30 pentru: fundații, rampe acces, suprainaltare atic; furnizat statia de betoane din dotare (.....) si preparate conform retetei de laborator autorizat.

- Armaturi tip PC 52sau BST500(S500C)- sub forma de bare independente; tip OB 37-numai pentru etrieri, agrafe, distantieri

- Lemn- clasa de calitate :2; clasa de exploatare: 2; specie: brad- proiecție la foc- ignifugare; protectie împotriva dăunătorilor, mușegai, ciuperci, acarieni- prin impregnare(imersie)

- Zidărie BCA cu densitatea <500 kg/mc
- Confecție metalică S235.J0- sub forma de laminate; S235.J0 sau S355.J0- în cazul elementelor metalice de îmbinare a șarpantei.

Declarația din cadrul propunerii tehnice privind asumarea în totalitate a specificațiilor prevăzute în Caietul de Sarcini și Proiectul Tehnic, astfel consideram îndeplinită cerința privind: descrierea calității materialelor ce se vor utiliza la execuția lucrărilor”.

Analizând acest răspuns, raportat la conținutul secțiunii propunerii tehnice de care se prevalează ofertantul, coroborat cu cerința documentației de atribuire, Consiliul va achiesa la soluția adoptată de autoritatea contractantă de respingere a ofertei.

Astfel, se reține că informațiile regăsite la pag. 16 din propunerea tehnică a contestatorului, la care acesta face trimitere în răspunsul său, au următorul conținut:

„b) Descrierea calității materialelor ce se vor utiliza la execuția lucrărilor: Materialele, echipamentele și aparatele vor trebui să facă față cerințelor de calitate impuse de Legea 10/90, modificată prin Legea 177/2015.

Materialele, echipamentele și aparatele utilizate vor fi însoțite de-certificatul de calitate al furnizorului, fișe tehnice și specificații caracteristice produsului și durata de viață în exploatarea în care se mențin aceste caracteristici, instrucțiuni de montare, probare întreținere și exploatare ale produsului, certificat de garanție, certificat de atestare a calității și a performanțelor (agremente tehnice MLPAT, avize tehnice, procese-verbale de omologare) emise de instituții de specialitate abilitate în acest scop”.

Or, contrar susținerilor contestatorului, nu se poate aprecia că paragraful redat respectă rigorile cerinței fișei de date și reprezintă o descriere a calității materialelor ce urmează să fie utilizate.

De altfel, aceste susțineri sunt contrazise de însuși conținutul răspunsului transmis, informațiile detaliate expuse în cadrul acestuia fiind distincte de cele redată în fragmentul ofertei citat mai sus.

De asemenea, se observă că nu suntem în prezența unei abateri tehnice minore, așa cum dorește contestatorul încadrarea răspunsului său, deoarece, în cauză, nu este în discuție ofertarea unor parametri tehnici diferiți de cei solicitați, care necesită o rectificare. O asemenea interpretare este susținută de condițiile regăsite la art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, care reglementează situațiile în care este permisă corectarea unei abateri tehnice minore, și unde se vorbește de o cuantificare teoretică în valoare monetară a abaterii/omisiunii, ori este firesc că o astfel de cuantificare nu poate fi realizată în cazul nerespectării unei obligații de a prezenta o informație solicitată.

Lipsa descrierii materialelor nu poate fi încadrată nici în categoria viciilor de formă, deoarece informațiile cerute de autoritatea contractantă nu au fost prezentate, într-o formă inadecvată, în ofertă, ele nefiind susținute, în mod neechivoc, de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant. Asumarea din propunerea tehnică, de respectare a cerințelor de calitate impuse de Legea nr. 10/1990, cu modificările și completările ulterioare, nu poate fi apreciată suficientă raportat la cerința fișei de date.

Nici teza finală a art. 135 alin. (3) din Norme, nu este incidentă, fiind evident că răspunsul în discuție nu are rol de clarificare sau de confirmare ci este o completare a propunerii tehnice cu informații solicitate, în mod expres și obligatoriu, a fi cuprinse în ofertă, iar acceptarea acestuia, în etapa de evaluare, conduce la avantajarea ofertantului prin transformarea ofertei sale dintr-una neconformă, așa cum era în absența descrierii materialelor ce urmează a fi folosite în execuție, într-una conformă.

Faptul că prețul ofertei contestatorului ar fi mai mic decât cel al ofertei desemnată câștigătoare nu reprezintă, în contextul dat, un motiv care să schimbe concluzia de mai sus, știut fiind că doar ofertelor admisibile le este aplicat criteriul de atribuire.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SA, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit 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:

Admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul procedurii nr. 18259/25.03.2021, în partea care privește evaluarea ofertei SRL, precum și actele subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei menționată, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca inadmisibilă, solicitarea contestatorului de obligare a autorității contractante la *„punerea la dispoziție a ofertei tehnice și financiare a ofertantului desemnat câștigător...”*, și, ca nefondată, pe cea privind oferta desemnată câștigătoare, depusă de ... SRL.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SA, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Obligatorie.

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 COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...