

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. 2026/C11/1778, 2213

Data: 19.07.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32560/27.05.2024, formulată de SRL (dosar nr. 1778/2024), cu sediul social în, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin și convențional de ..., cu sediul procesual în vederea comunicării tuturor actelor de procedură în, ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 56/66433/14.05.2024, și a raportului procedurii nr. 56/65556/13.05.2024, emise de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de Achiziție/furnizare autobuze electrice pentru proiectul „Modernizarea transportului public la nivelul zonei urbane funcționale prin achiziția de autobuze ecologice - etapa I” – PMT – 2023 - P029, Cod unic de identificare: 4279944-2023-25.1”, s-a solicitat:

1. /nr. act (RI18) 3034 din 14.05.2024, a raportului procedurii nr. 56/65556/13.05.2024/nr. act (RI18) 2975 din 13.05.2024, precum și a tuturor actelor subsecvente sau în legătură cu acestea, inclusiv, dar fără a se limita la comunicările rezultatului procedurii transmise către ceilalți participanți la procedură;
2. acordarea accesului la informațiile calificate în mod eronat drept confidențiale din celelalte oferte depuse în procedură, precum și la informațiile privind evaluarea acestor oferte care au fost în mod eronat calificate drept confidențiale;
3. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SRL sub aspectul celor prezentate în prezenta contestație, precum și a celorlalte oferte depuse în procedură, sub aspectul motivelor care vor fi prezentate ca urmare a obținerii accesului la documentele din cadrul ofertelor depuse de acești ofertanți, în conformitate cu prevederile legale aplicabile accesului la

acest tip de informații, și stabilirea unui nou rezultat, legal, al procedurii de atribuire.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr./07.06.2024, ... SRL, cu sediul în, ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr, având CUI RO, reprezentată legal de administrator - și convențional de ..., cu sediul procesual ales în, ..., ..., ..., formulează cerere de intervenție voluntară accesorie, solicitând admiterea în principiu și admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulate de SRL ca nefondată.

Ca urmare a completării contestației, transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40045/26.06.2024, de SRL, cu sediul social în, ..., județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin și convențional de ..., cu sediul procesual în vederea comunicării tuturor actelor de procedură în, ..., ..., s-a format dosarul nr. 2213/2024 împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 56/66433/14.05.2024, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleași proceduri de atribuire, solicitându-se:

- anularea comunicării nr. lucrare 56/66433 din 14.05.2024/nr. act (RI18) 3034 din 14.05.2024, a raportului procedurii nr. lucrare 56/65556 din 13.05.2024/nr. act (RI18) 2975 din 13.05.2024, precum și a tuturor actelor subsecvente sau în legătură cu acestea, inclusiv, dar fără a se limita la comunicările rezultatului procedurii transmise către ceilalți participanți la procedură;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, a ofertei SRL, și a ofertei z. o. o, și stabilirea unui nou rezultat, legal, al procedurii de atribuire.

Ca urmare a acestui demers a SRL, ... SRL a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr./01.07.2024, încadrată ca și cerere de intervenție, în cadrul aceleiași proceduri, la dosarul 2213/2024, prin care a solicitat

(i) respingerea noilor critici formulate în data de 25.06.2024 ca tardive și inadmisibile, fiind formulate în afara termenului prevăzut de art. 8 din Legea 101/2016 și în contradicție cu dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stabilesc imposibilitatea formulării unor critici noi pe calea precizărilor la contestație;

(ii) respingerea contestației SRL ca nefondată și menținerea comunicării rezultatului procedurii, a raportului procedurii, precum și a

tuturor actelor subsecvente, în sensul declarării ofertei SRL neconformă, și a ofertei sale conformă și câștigătoare;
(iii) în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia că noile critici formulate pe calea completării din 25.06.2024 sunt admisibile în acest stadiu al litigiului în fața CNSC, respingerea criticilor formulate împotriva ofertei SRL ca neîntemeiate.

Contestațiile și cererile de intervenții vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

1778

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 SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Precizează că, în cadrul procedurii, au fost depuse 3 oferte de către 3 operatori economici, respectiv:

- SRL cu terț susținător & LTD,
- SRL și
- Z. O. O.

În data de 14.05.2024, autoritatea contractantă a publicat în SEAP raportul procedurii nr. 56/65556/13.05.2024/nr. act (RI18) 2975 din 13.05.2024, iar în data de 15.05.2024, i-a fost comunicată adresa nr. 56/66433/14.05.2024/nr. act (RI18) 3034 din 14.05.2024, respectiv comunicarea privind rezultatul procedurii, ulterior momentului publicării raportului procedurii în SEAP, în data de 14.05.2024,

Din cuprinsul comunicării privind rezultatul procedurii și al raportului procedurii, a luat la cunoștință de faptul că, dintre cele 3 oferte depuse în procedură, oferta sa a fost respinsă ca neconformă, pentru următoarele motive:

- Declarația de neîncadrare în situațiile prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016 („Formularul 4”) depusă în cadrul ofertei, nu ar fi fost completată corespunzător, deoarece nu cuprinde mențiunea referitoare la asociatul unic al societății;
- Terțul susținător nu ar fi prezentat la momentul depunerii ofertei și Formularul 4, de declarare a neîncadrării într-una din situațiile prevăzute la art. 60 din Legea 98/2016, alături de documentul unic de achiziție european („DUAE”) și de restul documentelor solicitate prin documentația de atribuire.

Contestatoarea subliniază că, încă din etapa expunerii situației de fapt, autoritatea contractantă nu i-a solicitat, în cadrul procedurii de evaluare a ofertelor, nicio clarificare sau completare cu privire la documentele depuse de aceasta, anterior respingerii ofertei sale ca neconformă.

În urma finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii conform căruia clasamentul este următorul:

(i) Locul I - SRL, cu un punctaj de 100 pct.; iar

(ii) Locul II - sp. z. o. o, cu un punctaj de 75 pct.

Apreciind că rezultatul procedurii este nelegal, în scopul exercitării dreptului său legitim la formularea unei căi de atac, în data de 16.05.2024, a transmis către achizitoare o cerere de acces la dosarul achiziției publice, în conformitate cu prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa cu nr. act (RI18)3117 din 17.05.2014 /nr. lucrare 56/68100 din 17.05.2024, acordându-i acces parțial la anumite documente din dosarul achiziției, documente din care nu se puteau identifica aspectele esențiale, determinante ale ofertelor declarate conforme și admisibile, respectiv câștigătoare.

Din acest motiv, a revenit la cererea de acces la dosarul achiziției, reiterând solicitarea de acces, prin adresa transmisă în data de 20.05.2024.

În data de 21.05.2024, prin adresa cu nr. act (RI18)3189 din 21.05.2014/nr. lucrare 56/69176 din 21.05.2024, achizitoarea i-a adus la cunoștință că nu va asigura accesul la alte documente și informații decât cele transmise anterior, invocând în acest sens declarațiile ofertanților cu privire la confidențialitatea ofertei și punându-i la dispoziție, parțial, conținutul acestora.

În aceste condiții, susține că nu i-a fost asigurat *„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”*, dreptul său fiind reglementat de art. 217 alin. (6) din lege și, în consecință, dreptul la apărare, i-a fost grav afectat.

Totodată, menționează faptul că achizitoarea a restricționat în mod nelegal accesul la documentele celorlalți participanți la procedura de atribuire, deși nu erau probate ca fiind confidențiale, printre care menționează, inclusiv procesele verbale de evaluare, documente asupra cărora nu pot fi incidente dispozițiile art. 57 alin. (1) și art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, acestea neputând fi declarate ca fiind confidențiale de către ofertanți.

De asemenea, consideră că, oferta sa a fost respinsă, în mod nelegal, și cu încălcarea, printre altele, a principiilor proporționalității și transparenței care guvernează atribuirea contractului de achiziție publică.

I. Nelegalitatea rezultatului procedurii și a actelor autorității contractante atacate:

1.1. Încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației sale de a asigura acces neîngrădit la dosarul achiziției, mai ales restricționarea accesului la informații care nu sunt protejate de lege și care sunt esențiale pentru exercitarea dreptului său legitim la apărare:

Reiterează că, prin răspunsul la cererea de acces la dosarul achiziției și la revenirea la cererea de acces la dosarul achiziției publice, autoritatea contractantă i-a limitat accesul la documentele existente pentru motivul că ofertanții au declarat documentele din ofertele lor ca fiind confidențiale, invocând prevederile art. 217 alin. (6) și art. 57 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, potrivit prevederilor legale, achizitoarea era ținută să analizeze în concret declarațiile ofertanților cu privire la confidențialitatea ofertelor acestora și să verifice că acestea sunt susținute de dovezile care le conferă caracterul confidențial.

Această interpretare este susținută inclusiv de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, având rol de izvor de drept, care, prin Hotărârea pronunțată în Cauza C-927/19, a statuat obligația autorităților contractante:

- de a analiza în concret declarațiile ofertanților privind confidențialitatea ofertelor;
- de a pune în aplicare principiul protecției informațiilor confidențiale astfel încât acesta să fie compatibil cu respectarea dreptului la apărare al ofertantului care solicită acces la asemenea informații;
- de a motiva decizia de a restricționa accesul la informațiile privind ofertele depuse în cadrul procedurii.

În acest context, solicită Consiliului să rețină că autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia de a restricționa accesul său la documentele aflate în dosarul achiziției, în special la cele privind ofertele celorlalți operatori economici și modalitatea de evaluare a acestor oferte, exclusiv prin raportare la existența unor declarații de confidențialitate.

Pornind de la aceste declarații, aceasta i-a restricționat accesul inclusiv la informații esențiale, care au prin natura lor caracter de informație de interes public, și pe care ofertanții nici nu le-au declarat în mod expres și nici nu aveau dreptul să le declare drept confidențiale.

În concret, se referă la informații precum prețul total al ofertelor depuse (informație de interes public care oricum urma să fie publicată în SEAP cel puțin în ceea ce privește oferta declarată câștigătoare) și caracteristicile tehnice care au determinat obținerea de către aceștia a punctajului acordat de către autoritatea contractantă (aceiași caracter de informație de interes public se impune a fi reținută și în cazul acestor caracteristici).

Totodată, achizitoarea i-a restricționat în mod nelegal accesul la procesele verbale de evaluare a respectivelor oferte, documente care sunt emise de achizitoare și care nu pot fi declarate confidențiale de către ofertanți.

Procedând în acest mod, autoritatea contractantă i-a afectat, totodată, în mod grav, dreptul de a formula o cale de atac eficientă împotriva deciziilor autorității contractante privind rezultatul procedurii.

Redă din CJUE, Hotărârea din 17 noiembrie 2022, pronunțată în Cauza C-54/21, respectiv faptul că, Consiliului îi revine, în calitate de instanță națională, „sarcina de a asigura remedierea oricărei încălcări eventual constatate a dreptului la o cale de atac efectivă” prin neacordarea accesului la informații care în mod eronat au fost calificate drept confidențiale.

Față de cele mai sus menționate, solicită Consiliului ca, urmare analizării caracterului confidențial al informațiilor declarate confidențiale de către ceilalți ofertanți, să îi acorde accesul la informațiile din aceste oferte, precum și la informațiile privind evaluarea acestor oferte care nu sunt, în mod dovedit, protejate de un drept de confidențialitate, urmând ca termenul pentru formularea unei căi de atac față de deciziile autorității contractante să fie calculat de la data accesului la ansamblul informațiilor care au fost declarate în mod eronat drept confidențiale.

1.2. Susține că decizia de respingere a ofertei sale încalcă în mod grav principiul proporționalității:

Preliminar, notează că potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, o ofertă este neconformă în situația în care aceasta nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută.

Potrivit raportului procedurii, oferta sa a fost calificată ca neconformă din următoarele considerente:

- a) a depus toate documentele solicitate de autoritatea contractantă, cu omisiunea de a menționa în cadrul Formularului 4 unicul asociat al societății;
- b) Terțul susținător a omis depunerea Formularului 4, omisiune considerată în mod eronat de către autoritatea contractantă drept motiv de respingere a ofertei, chiar și în condițiile în care declarațiile cuprinse în cadrul acestui formular se regăseau în cuprinsul DUAE.

Decizia autorității contractante de a respinge oferta sa pentru motivele mai sus prezentate este netemeinică și nelegală și conducând la grava încălcare a principiului proporționalității.

În concret:

1.2.1. În ceea ce privește motivul de respingere a ofertei întemeiat pe pretinsa completare necorespunzătoare a Formularului 4, arată că, potrivit informațiilor din raportul procedurii, rezultă că autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei, deoarece, deși, a depus toate documentele solicitate prin documentația de atribuire, ar fi omis să indice în cuprinsul Formularului 4 cine este asociatul unic al societății.

Preliminar, subliniază faptul că această omisiune nu ar putea, în mod legal, să atragă respingerea ofertei ca neconformă, fiind confirmat de împrejurarea că autoritatea contractantă a identificat cine este unicul asociat al persoanei juridice.

Mai mult, informații privind beneficiarul real existau în ofertă, iar, potrivit documentației de atribuire, oricum trebuia să depună extras ONRC, la solicitarea autorității contractante, etapă în care aceasta putea reconfirma această informație.

În concret, prin procesul-verbal nr. 2, autoritatea contractantă a reținut că, în urma analizării extrasului ONRC, se observă că în Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 60 din Legea nr. 98/2016, depusă în ofertă, ar fi omis să menționeze asociatul unic al societății, astfel cum este prevăzut prin extrasul respectiv.

Totodată, arată Consiliului că a depus în cadrul ofertei și Declarația privind beneficiarul real, document în care se regăsesc informații privind beneficiarul real, informație care poate fi coroborată cu informațiile din celelalte formulare și reconfirmată prin simpla solicitare a unui extras ONRC.

În acest context, această omisiune a sa nu poate fi calificată decât ca un simplu viciu de formă, conform art. 135 alin.(3) din HG nr. 395/2016.

Potrivit prevederilor legale de mai sus, completarea unor omisiuni punctuale din cadrul ofertei este permisă expres de legislația în vigoare și în acord cu principiul proporționalității, cu atât mai mult cu cât informația este susținută de informațiile existente în ofertă, precum declarația privind beneficiarul real, depuse de subscrisa.

Prin urmare, contrar celor reținute de achizitoare în luarea deciziei de respingere a ofertei sale, într-o asemenea situație, solicitarea unor clarificări cu privire la această pretinsă omisiune nu ar fi fost de natură să încalce principiul tratamentului egal prin crearea unui avantaj necuvenit acesteia.

Dimpotrivă, autoritatea contractantă avea, în lumina principiului proporționalității, obligația să-i solicite clarificări, dacă nu ar fi fost lămurită cu privire la identitatea asociatului unic al său. În acest sens redă prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, dacă autoritatea contractantă ar fi apreciat necesară redepunerea Formularului 4, completat cu informația deja existentă în ofertă, însă omisă din acest formular, o asemenea solicitare nu ar fi avut decât efectul reconfirmării informațiilor deja existente în ofertă,

Astfel răspunsul său la solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă ar fi adus o clarificare pur formală cu privire la conținutul ofertei sale, în condițiile în care prezentarea de documente justificative, precum un extras ONRC, era oricum în mod expres prevăzută ca etapă a evaluării ofertelor. O asemenea situație, de fapt aplicabilă ofertei sale, se încadrează în prevederile art. 135 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, respectiv reprezintă simpla corectare a unui viciu de formă.

În acest sens, este statuat, cu valoare de izvor de drept, cauzele conexe C 523/16 și C 536/16 ale Curții de Justiție a Uniunii Europene, Decizia CJUE pronunțată în cauza C-599/10[1], cauza C 131/16[3] a CJUE.

Rezultă astfel, din jurisprudența constantă a CJUE, că principiul proporționalității impune autorităților contractante ca, atunci când identifică neclarități sau chiar omisiuni în cadrul unei oferte, să solicite clarificarea sau completarea ofertei, sub condiția ca acest demers să nu conducă la modificarea ofertei. Astfel, în cazul unei oferte neclare, regula este clarificarea acesteia, respingerea putând fi dispusă doar ca măsură extremă.

Sintetizând cele de mai sus expuse, solicită Consiliului să rețină că, în fapt, achizitoarea a respins oferta sa pentru motivul că o informație:

- susținută de informațiile existente în oferta depusă și a cărei clarificare era expres reglementată în documentația de atribuire;
- de care a luat cunoștință și pe care a putut să o verifice, putând fi oricând confirmată din bazele de date oficiale, nu se regăsea în mod expres și în cuprinsul unui anumit formular.

În acest context, față de prevederile legale mai sus expuse, în special prin raportare la principiul proporționalității, solicită Consiliului să rețină că o asemenea decizie este excesivă și disproportionată, fiind rezultatul unui formalism excesiv, comportament care contravine flagrant temeiurilor de drept ante-menționate.

Prin urmare, apreciază că pentru evaluarea ofertei sale nici măcar nu ar fi fost necesară completarea respectivului formular, din moment ce informația urma oricum a fi reiterată odată cu prezentarea documentelor justificative aferente DUAЕ.

Pentru motivele mai sus expuse, solicită Consiliului să constate că decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale pentru motivul mai sus expus este disproportionată și nelegală și, prin urmare, să dispună anularea actelor atacate și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sub acest aspect, cu reținerea caracterului conform al acesteia.

1.2.2. În ceea ce privește motivul de respingere a ofertei sale întemeiat pe omisiunea depunerii Formularului 4 pentru terțul susținător, precizează că, potrivit informațiilor din raportul procedurii, rezultă că al doilea motiv pentru care achizitoarea a decis respingerea ofertei este omisiunea depunerii, pentru terțul susținător, a Formularului 4, prin care acesta trebuia să declare că nu se încadrează într-una din situațiile prevăzute în cadrul art. 60 din Legea 98/2016.

Față de acest motiv nelegal de respingere a ofertei, solicită Consiliului să rețină că a depus în cadrul ofertei, DUAЕ completat și asumat de terțul

susținător prin care, în cadrul secțiunii „C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE”, acesta a declarat, clar, expres și neechivoc, că nu se încadrează în nicio situație de „Conflict de interese care decurge din participarea la procedura de achiziții publice”.

În scop ilustrativ, redă extras din DUAE depus pentru terțul susținător.

Fără a relua toate argumentele și temeiurile de drept pe care acestea se întemeiază, reiterează doar că, și în cazul acestui motiv de respingere a ofertei, se află în situația clarificării unei informații deja existente în oferta sa. Astfel, prin raportare la principiul proporționalității o asemenea decizie este excesivă și nelegală.

În primul rând, reiterează în acest sens că, în condițiile în care declarația privind inexistența unui conflict de interese se regăsea deja în oferta sa, apreciind că nu mai era necesară depunerea Formularului 4, formular care reia aceeași declarație.

Oricum chiar dacă autoritatea contractantă ar fi considerat necesară completarea ofertei cu acest formular, solicită Consiliului să rețină, pentru argumentele și temeiurile de drept pe larg expuse în analiza primului motiv de respingere a ofertei sale, că aceasta avea obligația de a-i transmite o solicitare de clarificare în acest sens, conform prevederilor art. 62 alin. (2) din Legea 98/2016.

Arată în acest sens că, jurisprudența CNSC constantă, Consiliul a reținând nelegalitatea deciziilor de respingere a ofertelor emise în situații asemănătoare. Cu titlu ilustrativ, menționează Decizia nr. 1023/C4/1199, fiind susținute de prevederile art. 193 alin. (1), precum și Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2016/7 al Comisiei din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, Anexa I.

Rezultă astfel, că atât legislația națională, cât și legislația europeană interzic impunerea unei sarcini administrative excesive cum ar fi, în cazul de față, respingerea unei oferte pentru motivul ne dublării unei declarații deja depusă în respectiva ofertă.

În acest sens, s-a pronunțat și Consiliul, în jurisprudența sa constantă, spre exemplu Decizia nr. 1023/C4/1199.

Astfel, contestatoarea consideră că respingerea ofertei ca neconformă ar fi excesivă, deoarece terțul susținător a declarat deja în cadrul DUAE, depus în termen, că nu se încadrează în situațiile de la art. 60 din Legea 98/2016, fiind vădit disproporționată decizia autorității contractante de a considera oferta neconformă pe motivul că nu este depus Formularul 4, care are rolul doar de a dovedi cele afirmate prin DUAE.

1.3. Decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale este disproporționată și excesivă și prin raportare la lipsa solicitării prealabile de clarificări sau completări ale ofertei:

Chiar dacă a arătat caracterul disproporționat al respingerii ofertei sale și în cuprinsul punctelor anterioare, apreciază necesară abordarea acestui aspect de nelegalitate și pe cale separată, pentru a ilustra, dincolo de dubiu, nelegalitatea flagrantă a modalității de evaluare a oferte sale.

Cu titlu preliminar, redă din dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, susținând că, deși s-ar putea considera că din această formulare, legea acordă achizitoarei un drept, iar nu o obligație de a solicita clarificări și/sau completări ale ofertei, art. 127 alin. (1) lit. i) din HG nr. 395/2016, ce prevede o obligație impusă în sarcina comisiei de evaluare de a formula solicitări de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor. În plus, invocă dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Raportând textele legale mai sus citate la situația de fapt aplicabilă în cauză, solicită Consiliului să rețină că autoritatea contractanta a încălcat în mod grav principiul proporționalității prin respingerea ofertei noastre fără solicitarea niciunei clarificări, depășind limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

În acest sens, reiterează că, în cazul ambelor motive de respingere a ofertei sale, decizia autorității contractante s-a întemeiat pe neincluderea unei informații deja existentă în ofertă într-un anumit formular solicitat de către aceasta, în condițiile în care autoritatea contractantă (i) a identificat în ofertă existența respectivei informații și (ii) oricum, respectivele informații puteau fi oricând verificate prin accesarea bazelor de date oficiale, nefiind incidente premise care ar crea riscul de modificare a ofertei.

În acest sens, reiterează jurisprudența sa constantă a CJUE.

Rezultă astfel că, prin respingerea ofertei, fără solicitarea niciunei clarificări, în vederea remedierii unor omisiuni minore, autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității, fiind excesivă și nelegală respingerea unei oferte pentru deficiențe minore.

În acest sens, s-au pronunțat și instanțele naționale. Cu titlu ilustrativ, indică considerentele reținute de Curtea de Apel în decizia nr. 41/ 31.01.2024.

Pentru argumentele expuse, solicită Consiliului să constate caracterul excesiv și ilegal al deciziei de respingere a ofertei sale ca neconformă pentru deficiențe minore, care puteau fi remediate ușor și rapid prin solicitarea de clarificări sau completări din partea autorității contractante, și, prin urmare, să dispună anularea actelor atacate și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale sub acest aspect cu reținerea caracterului conform al acesteia.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

..... a transmis punctul de vedere înregistrat la CNSC cu nr. 34414/03.06.2024, iar dosarul achiziției a fost comunicat și înregistrat la Consiliu cu nr. 35908/10.06.2024, fiind completat la

data de 16.07.2024 (documente înregistrate la Consiliu sub nr. 44984/16.07.2024 și nr. 45079/16.07.2024).

Prin acest punct de vedere, se solicită respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de SRL, pentru următoarele motive:

În preambul, prezintă modul de desfășurare a procedurii, precizând că au depus ofertă următorii operatori economici, conform listing SEAP înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. (R23544)726/08.12.2023:

1. SRL;

2. SRL.

I. Referitor la nelegalitatea rezultatului procedurii și a actelor sale:

1.1. Susțineri privind accesul la dosarul achiziției

Prin adresa nr. 56/67339/16.05.2024, în urma transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii, petenta a solicitat acces la dosarul procedurii.

Au fost puse la dispoziție conform adresei nr. 3117/17.05.2024, următoarele documente: procesul verbal 1; procesul verbal 2; procesul verbal 3; declarațiile ofertanților participanți la procedura privind informații din propunerea tehnică/financiară care sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală; raport procedură; avize emise de către ANAP prin observatori desemnați pe parcursul procedurii.

Elementele puse la dispoziție conțin toate datele necesare în conformitate cu cele conținute în comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire.

Dat fiind cele conținute în formularul de propunere tehnică în ceea ce privește detaliile privind aspecte tehnice (date tehnice exacte, modalitatea de îndeplinire a anumitor cerințe care se regăsesc detaliate în anexe) precum și prețul ofertat, autoritatea contractantă a apreciat că acestea sunt aflate sub protecția declarațiilor prezentate de ofertanți și a justificărilor acestora.

În conformitate cu documentele depuse, ambii ofertanții rămași în evaluare după etapa DUAЕ, au declarat documentele prezentate în cadrul propunerilor tehnice și financiare, precum și răspunsurile la solicitările de clarificări aferente ca fiind confidențiale, motivând caracterul de confidențialitate în baza prevederilor invocate în declarațiile ambilor ofertanți.

Face precizarea că la acest moment al formulării punctului de vedere, s-a constatat că a fost depusă de către contestatoare, în cadrul propunerii tehnice (neanalizată de către comisia de evaluare) Declarație cuprinzând informațiile considerate confidențiale, care declara că fiind confidențiale „*Informațiile cuprinse în propunerea tehnică și anexele acesteia, în integralitate, precum și informațiile comunicate între noi și autoritatea contractantă prin intermediul răspunsurilor la solicitările de clarificări din etapele de evaluare ale procedurii.*”, adică exact ca ceilalți 2 ofertanți în cauză la ale căror oferte solicita acces.

Deoarece procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice se bazează pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici, aceștia din urmă trebuie să poată comunica autorităților

contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi (a se vedea Hotărârea din 14.02.2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punctele 34-36 precum și Hotărârea din 14.05.2021, Comisia/Landesbank Baden-Württemberg și SRB, C-584/20 P și C-621/20, EU:C:2021:601 punctul 112).

Din cele prezentate este clar că au fost făcute demersurile legal posibile, acționând cu celeritate și punând la dispoziție documentele accesibile la acest moment. Având în vedere că ofertanții și-au declarat și motivat/probat caracterul confidențial al ofertei tehnice și financiare, ca și contestatoarea de altfel, precum și a faptului că, solicitările de clarificări sunt parte integrantă a ofertelor, rezultă că, în baza motivelor exprimate, că și acestea sunt confidențiale, astfel că nu se poate permite accesul în vederea studierii. Procesele-verbale de evaluare conțin atât diverse caracteristici tehnice, cât și angajamente legate de garanții, și alte aspecte tehnice, cât și răspunsurile la solicitările de clarificări care sunt la rândul lor confidențiale și, deci, nu se poate permite accesul la studiul acestora.

Pentru a asigura transparența, autoritățile contractante au obligația de a permite accesul persoanelor interesate la informațiile cuprinse în dosarul achiziției publice după finalizarea procedurii de atribuire, cu respectarea prevederilor legale referitoare la liberul acces la informațiile de interes public. În acest sens, legislația în vigoare prevede că dosarul achiziției publice are caracter de document public în forma în care se află la momentul solicitării accesului la informațiile din cuprinsul acestuia. 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. Se poate observa că legiuitorul instituie o excepție de la caracterul public al documentelor ce fac parte din dosarul achiziției publice, respectiv situația în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Deși principiul transparenței și caracterul public al dosarului achiziției publice sunt unanim recunoscute atât la nivelul acquisului comunitar, cât și la nivelul legislației statelor membre, trebuie admis că oferta, în ansamblul său, reprezintă un produs intelectual, ea putând să ofere informații cu privire la situația economică a ofertantului, capacitate sa financiară și tehnică, rezultând deci necesitatea firească de a proteja, în limitele legii,

acele informații care ar putea prejudicia interesele comerciale ale operatorilor economici implicați în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Astfel, menționează ca și jurisprudență relevantă în sprijinul celor argumentate, pe lângă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge (punctele 34-55), și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14 (punctele 46-61), Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct.37-55).

Face trimitere atât la prevederile Legii concurenței nr. 21/1996 unde este stipulată 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], cât și la prevederile Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale ce 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.

Referitor la solicitarea de permitere a studierii dosarului achiziției publice, în vederea completării contestației, autoritatea contractantă solicită Consiliului să o respingă, deoarece așa cum a argumentat mai sus, oferta tehnică și financiară au fost declarate confidențiale.

Totodată, menționează că, potrivit Hotărârii din 12.02.2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza Varec 450/06, Varec SA împotriva statului belgian.

Elocvente sunt și considerentele Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant

necâștigător la documente celui declarat câștigător, precum și cauza Varec, C-450/06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac. Astfel, s-a reținut și în Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55), dar 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].

În direcția respectării confidențialității ofertelor acționează și instanțele de judecată, relevantă fiind Hotărârea nr. 354/2021 din data de 08.03.2021 emisă de Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Împrejurarea că un ofertant alege să depună contestație și, ulterior, solicită acces la dosar în vederea luării la cunoștință de documentele relevante pentru fundamentarea contestației sale, nu este de natură la a reclama că respectivul caracter confidențial invocat de asocierea reclamată nu este justificat.

Relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei nu trebuie să depindă motivarea contestației sau soluționarea ei. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate, motivele pe care se bazează calea de atac, iar nu să fie o contestație motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice. Contestația este și rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți, cum s-a spus mai înainte.

Scopul celor trei zile pe care legiuitorul delegat le-a acordat în speță persoanelor vătămate (prin art. 11 din Legea nr. 101/2016) este tocmai ca aceste persoane să obțină mijloacele de probă de care au nevoie și să își motiveze contestația prin care reclamă actele autorităților contractante. Altminteri, nimic nu ar împiedica aceste persoane să depună contestație imediat după primirea actului vătămător, iar motivarea contestației să o realizeze oricând doresc, în timpul litigiului.

Consiliul fiind ținut de obligația de imparțialitate și echidistanță față de părțile aflate în proces, el nu se poate transforma în furnizorul de probe pentru una dintre părțile litigante, care altfel nu și-ar putea susține contestația. În altă ordine de idei, scopul pentru care Consiliul beneficiază de documentele dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă este pentru a putea analiza obiecțiile cuprinse în contestație, iar nu de a pune la dispoziția contestatoarei copiile ofertelor concurente pentru a-și motiva contestația. Așadar, succesiunea logică este formularea unei

conestații motivate și recepționarea de către Consiliu de la autoritate a dosarului achiziției publice necesar soluționării contestației, iar nu studierea la Consiliu a dosarului achiziției publice de către contestatoare și motivarea ulterioară a contestației.

Obligația de a motiva cererea este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016), dar și de dreptul comun, respectiv de Codul de procedură civilă la art. 189, Cererea de chemare în judecată va cuprinde:[...] d) arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea.

Scopul obligației de motivare este acela de a arăta organismului administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru dezlegarea litigiului și, totodată, explicațiile pentru care drepturile reclamantului au fost lezate prin conduita presupus ilicită a pârâtului.

În raport de aspectele mai sus reținute, susținerile autoarei contestației, precizează că, momentul prezentării documentului indicat este la depunerea ofertelor, nefiind un document suport doveditor ulterior, ci un document alăturat DUAЕ, astfel că nu sunt incidente prevederile art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și nu este suficientă incidența art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 pentru îndeplinirea cerinței așa cum aceasta este formulată, cu mențiunea că aceste articole nu induc obligativitatea, ci opțiunea ("autoritatea poate").

Așa cum reiese din extrasul prezentat rezultă clar modalitatea de completare a acestei declarații, precum și conținutul sau precum și faptul că autoritatea are „dreptul” solicitării de documente suplimentare și nu obligația.

Referitor la acest punct nu au fost solicitate clarificări asupra modului de completare al formularului sau momentului prezentării acestuia, iar ceilalți ofertanți participanți la procedură au depus împreună cu DUAЕ declarațiile respective.

Comisia de evaluare, în verificările pe care le face, are acces la Oficiul Național al Registrului Comerțului de unde a preluat extrasul la care se face referire în procesul verbal precum și în contestație (pct.33), cu unicul scop de a verifica modalitatea de completare a acestui formular pentru ofertanți, baza de date accesată în mod absolut legal.

De altfel, contestatoarea a precizat că a depus Declarația privind beneficiarul real, respectiv Anexa 3 din a cărei lectură nu rezultă în niciun fel datele lipsă și care nu substituie altui document, ci este precizat ca beneficiar real o persoană fizică, neregăsind aici unicul acționar, persoana juridică, și fără a aduce alte explicații așa cum se susține.

De altfel, art. 209 alin. (1) invocat în contestație menționează dreptul și nu obligația autorității de a solicita anumite clarificări, respectivele solicitări fiind dictate de respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

De asemenea, invocă Decizia nr. 3762/15.11.2018, Secția contencios administrativ și fiscal a Curții de Apel Craiova.

În ceea ce privește obligația de a depune documentele în discuție, ofertantul avea la cunoștință încă de la data publicării documentației de

atribuire în SEAP, respectiv 30.10.2023, astfel că omisiunea ofertantului de a prezenta documente expres solicitate prin documentația de atribuire, este echivalentă cu nerespectarea obligației ce îi incumbă de a prezenta în cadrul ofertei toate documentele solicitate prin documentația de atribuire, sens în care redă cele reținute din Decizia nr. 164/20.01.2022 a Secției contencios administrativ și fiscal a Curții de Apel Craiova.

Rezultă astfel că, atâta timp cât autoritatea contractantă a menționat în mod expres cerințele în documentația de atribuire ofertanților au obligația de a respecta aceste cerințe în oferta depusă.

Principiul egalității de tratament îi impune să interpreteze și să aplice aceleași condiții pentru toți participanții la procedură, astfel încât aceștia să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor, aspect reținut și de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, or, în speță, nu se poate vorbi de aplicarea unor condiții diferite impuse de autoritatea contractantă.

Principiul tratamentului egal și principiul proporționalității, prevăzute în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, impun autorității contractante obligația de a aplica în toate etapele procedurii aceleași reguli și criterii tuturor ofertanților, de așa manieră ca orice participant la procedură să beneficieze de șanse egale de a dobândi calitatea de contractant.

Respectarea prevederilor legale în vigoare rezultă și din emiterea de către observatorii desemnați de către ANAP a Avizului conform necondiționat pentru controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei de evaluare referitoare la componența comisiei de evaluare și concluziile comisiei de evaluare privind îndeplinirea condițiilor de formă aferente depunerii ofertelor și a criteriilor de calificare de către ofertanți, conform listelor de verificare și PV nr. (R23544) 881/18.12.2023 postat în SICAP în data de 18.12.2023.

Din cele prezentate consideră că rezultă îndeplinirea prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016.

În analiza tuturor celor 3 oferte depuse, prin prisma tratamentului egal, solicitarea de completări/modificări era de natură a crea dezavantaje pentru ceilalți 2 ofertanți care au înțeles să depună toate documentele solicitate în conformitate cerințele menționate și să respecte cerințele minimale.

Riscul întocmirii ofertelor, inclusiv neprezentarea unor documente solicitate în cadrul documentației de atribuire cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei, iar pe de altă parte autoritatea contractantă a menționat în mod expres, care sunt cerințele pe care orice operator economic participant trebuie să le îndeplinească la întocmirea ofertelor.

Față de cele menționate mai sus, solicită respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de către SRL.

..... SRL, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. /07.06.2024, lider al asocierii SRL – AS, a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie, solicitând admiterea în principiu și admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulate de SRL ca nefondată.

Precizează că, în cadrul procedurii, trei (3) ofertanți au depus oferte: asocierea SRL – AS, ... SRL, precum și sp. z. o. o.

Ca urmare a evaluării ofertelor depuse de cei trei (3) ofertanți, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii cu nr. (RI18)2975 din 13.05.2024 și comunicarea rezultatului cu nr. (RI18)3033 din 14.05.2024, care i-a fost transmisă în data de 15.05.2024.

În cadrul raportului procedurii, autoritatea contractantă a procedat la evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, statuând că doar ofertanții asocierea SRL – AS și sp. z. o. o au îndeplinit condițiile de participare.

Autoritatea contractantă a stabilit că ofertantul SRL a depus o ofertă neconformă întrucât acesta a omis să completeze informații esențiale solicitate cu titlu obligatoriu în Formularul 4, precum și pentru că a omis să depună Formularul 4 pentru terțul susținător & LTD.

Ulterior, comisia de evaluare a procedat la analizarea și evaluarea propunerilor tehnice și financiare ale ofertanților asocierea SRL – AS și sp. z. o. o, iar aplicând criteriile de atribuire și verificând documentele suport pentru informațiile prezentate în DUAЕ, asocierea SRL – AS a fost desemnată câștigătoare cu un punctaj de 100 puncte, iar ofertantul Solaris s-a calificat pe locul 2, cu un punctaj de 75 puncte.

În continuare, își argumentează admisibilitatea cererii de intervenție, considerând că este pe deplin justificată, având calitatea de câștigător al procedurii de atribuire în cauză.

Referitor la excepția lipsei de interes de a solicita informațiile confidențiale, precizează următoarele:

O primă critică invocată de contestatoare este faptul că autoritatea contractantă i-a pus acesteia la dispoziție exclusiv documentele din dosarul achiziției ce nu aveau caracter confidențial. Contestatoarea susține că nu i-a fost, astfel, asigurat accesul neîngrădit la dosarul achiziției, nefiindu-i puse la dispoziție „informații privind caracteristicile esențiale ale ofertelor”.

Cu titlu prealabil, înțelege să invoce lipsa de interes a SRL de a solicita acces la informațiile confidențiale ale SRL. Astfel, oferta SRL a fost respinsă într-o etapă prealabilă și anterioară a celei de evaluare a specificațiilor tehnice și financiare, deoarece a avut o ofertă incompletă, din care lipseau documente obligatorii pentru îndeplinirea cerințelor de participare. Prin urmare, oferta SRL nu a intrat în faza de evaluare tehnică și financiară, și, având în vedere restricțiile specifice

sistemului SEAP, nici măcar autoritatea contractantă nu a avut acces la documentele din oferta financiară a acestui ofertant.

Având în vedere că oferta SRL nici măcar nu a ajuns în etapa analizei specificațiilor tehnice și financiare, nu se poate considera că există un interes în studierea documentației tehnice și financiare a altor ofertanți ce au participat la licitație, în special în ceea ce privește documentele marcate drept confidențiale de ofertanții asocierii din care face parte.

Pe cale de consecință, nu s-a pus niciodată în discuție pe perioada licitației analiza specificațiilor tehnice și financiare ale sale în balanță cu cele ale contestatoarei.

De asemenea, contestatoarea nu a invocat nicio critică la adresa ofertei sale pentru care ar avea vreun interes veritabil să dobândească acces la secrete comerciale și alte informații confidențiale din oferta depusă. În acest context, nu există niciun folos practic obținut de către SRL prin admiterea acestui motiv al contestației.

Doar în situația în care oferta sa ar fi fost găsită superioară față de cea a contestatoarei din punct de vedere tehnic și financiar se putea regăsi un interes în formularea unei contestații împotriva ofertei câștigătoare. Or, dat fiind momentul la care oferta SRL a fost respinsă din faza de calificare, nu se poate considera că indicatorii tehnici financiari au fost comparați și, prin urmare, nu se poate justifica accesul la oferta sa, în special în partea declarată confidențială.

De altfel, contestatoarea omite intenționat să precizeze că nici SRL, nici sp. z. o. o și nici ceilalți ofertanți nu au avut acces la oferta tehnică și financiară a SRL, care nu a intrat în faza de evaluare.

Contestatoarea nu poate beneficia de un tratament preferențial și să obțină acces la informații fără a fi calificată în faza de evaluare. Acest folos practic pe care îl pretinde SRL este lipsit de legitimitate, fiind contrar principiului egalității, legalității, transparenței, bunei-credinței și protecției datelor confidențiale.

De altfel, precizează că accesul la informații confidențiale trebuie să fie realizat în condiții restrictive și în conformitate cu etapele, logica și scopul procedurii de achiziție publică. Legea nu autorizează orice acces la informații confidențiale, ci doar un acces legitim și proporțional, etapizat în funcție de etapele evaluării pe care ofertanții le parcurg.

Față de etapa la care a fost refuzat accesul, ... SRL nu justifică niciun interes legitim pentru a accesa informații confidențiale din ofertele tehnice și financiare ale competitorilor săi, o interpretare contrară creând un dezechilibru semnificativ între drepturile participanților. Mai mult, accesul nerestricționat al contestatoarei la ofertele tehnice și financiare ale

oferanților ce au depus o ofertă admisibilă, ar crea o situație juridică mai favorabilă pentru aceasta, care deși, a fost exclus de la procedură într-o fază preliminară de calificare, beneficiază totuși de informații confidențiale la care autoritatea contractantă, precum și competitorii săi nu pot avea acces.

În consecință, consideră netemeinică solicitarea de acces la informațiile confidențiale.

Pe fondul problemei, arată că această critică a petentei este, în orice caz, nejustificată, mai ales că, în declarația sa de confidențialitate depusă (Anexa 13 la oferta asocierii SRL – AS), a motivat rațiunile care impun păstrarea ofertei drept confidențială. În cuprinsul declarației, a inclus o argumentare temeinică și plauzibilă, astfel cum impun rigorile art. 57 din Legea 98/2016 și a prezentat motivele concrete pentru care dezvăluirea respectivelor informații/elemente declarate confidențiale ar fi de natură să cauzeze prejudicii semnificative asocierii.

Fără a relua justificarea detaliată prezentată prin declarația de confidențialitate depusă, arată, pe scurt, că a dovedit că:

- oferta include numeroase elemente de know-how, specificații tehnice, tehnologii, certificări specifice produsului oferat, diagrame, scheme și desene tehnice, toate acestea incluzând idei, concepte, modalități de optimizare și procedee tehnice de fabricație, care odată dezvăluite către competitori direcți ai asocierii din care face parte, ar cauza prejudicii semnificative asocierii, diminuând avantajele competitive, precum și tehnologiile inovative pe care grupul SRL – AS le-a dezvoltat în timp;

- de asemenea, transmiterea acestor date sensibile din punct de vedere concurențial către competitori este interzisă chiar de prevederile legislației de în România, enumerate pe larg în cuprinsul Anexei 13, prevederi ce califică informațiile și datele din oferta tehnică drept secrete comerciale, care odată dezvăluite competitorilor, pot da naștere unor practici de concurență neloială și îi pot cauza prejudicii.

Astfel, contrar susținerilor nefondate ale contestatoarei, autoritatea contractantă a analizat în concret declarațiile oferanților, inclusiv în cazul asocierii sale.

În acest sens, solicită Consiliului să observe că secțiunea 2.4.8 din raportul procedurii include concluziile autorității contractante, ca urmare a analizei efectuate asupra declarațiilor de confidențialitate, inclusiv un sumar al motivelor invocate de fiecare ofertant. Cu aplicarea principiului tratamentului egal și a prevederilor relevante din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a determinat că ofertanții au declarat în mod justificat confidențialitatea ofertelor.

De asemenea, și critica referitoare la actul administrativ este una neîntemeiată, deoarece achiziția a motivat respingerea acestei solicitări.

Totuși, s-a reținut în mod constant în jurisprudența instanței supreme că motivarea nu este o chestiune de volum, ci una de esență. Totodată, în ceea ce privește motivarea instanțelor, aplicabilă *mutatis mutandis* și actelor administrative, s-a reținut și în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, precum și în cea a instanței supreme că nu există o

obligație de a furniza răspunsuri detaliate privind toate argumentele solicitările ale părții.

În plus, strict în materia actelor administrative, potrivit jurisprudenței CJCE , există doar obligația autorității publice de a motiva în fapt și în drept pe care și-a fundamentat raționamentul.

Cu alte cuvinte, pentru a fi considerat motivat un act administrativ este necesar a fi regăsite motivele de fapt și de drept pe care autoritatea publică și-a fundamentat soluția.

De asemenea, consideră nefondate și afirmațiile contestatoarei în sensul că acestea nu i-au fost puse la dispoziție informații de interes public, pe care ofertanții nu le putea declara confidențiale. Aplicat la exemplele contestatoarei, arată că:

- *„prețul total al ofertelor depuse”* nu are caracter de informație de interes public; exclusiv prețul ofertei câștigătoare devine public ca urmare a semnării contractului de achiziție publică și, ulterior, publicării unui anunț de atribuire în SEAP. Până la momentul semnării contractului și publicării anunțului de atribuire nu există o obligație de a include detalii cu privire la oferta financiară a ofertantului câștigător în raportul procedurii, astfel cum rezultă chiar din conținutul raportului procedurii reglementat de art. 216 alin. (2) din Legea 98/2016;

- *„caracteristicile tehnice care au determinat obținerea [...] punctajului acordat”* nu au caracter de informație de interes public; obținerea punctajului acordat s-a efectuat în baza criteriului de atribuire și algoritmului de calcul asociat, astfel cum a fost stabilit prin documentația de atribuire și adus la cunoștința tuturor ofertanților. Detaliile privind caracteristicile tehnice ale produsului fac parte din informațiile declarate confidențiale, având caracter de secret comercial;

- procesele verbal de evaluare nu au fost declarate confidențiale de ofertanți, însă, având în vedere (i) scopul urmărit de legiuitor prin instituirea protecției confidențialității elementelor din ofertă, în speță, protejarea intereselor comerciale și avantajelor competitive ale ofertanților, respectiv prevenirea unor abuzuri din partea operatorilor economici concurenți, precum și faptul că (ii) art. 57 din Legea nr. 98/2016 vorbește despre *„informațiile din propunerea tehnică”* și de *„elementele din propunerea financiară”*, fără a face nicio distincție între situația în care acestea se regăsesc în documentele depuse de ofertanți, sau documentele elaborate de autoritățile contractante, în mod corect a restricționat autoritatea contractantă accesul la părțile din aceste procese verbale ce includeau informații și/sau elemente din ofertă, declarate confidențiale.

Cu privire la afirmațiile contestatoarei în sensul că autoritatea contractantă i-a afectat acesteia dreptul de a formula o cale de atac eficientă, arată că, astfel cum declară chiar petenta, achizițarea a permis accesul la dosarul achiziției publice, în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, singurele documente care nu au fost puse la dispoziția contestatoarei fiind documentele din ofertele depuse de către asocieria SRL – AS și sp.z.o.o, declarate confidențiale, precum și înscrisurile întocmite în etapa de evaluare care conțineau informații din ofertele declarate confidențiale. Demersul autorității contractante este astfel 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 confidențiale.

În acest context, învederează că, pe lângă reglementarea națională a informațiilor confidențiale și Directiva UE nr. 2016/943, aplicabilă în mod obligatoriu și prioritar în temeiul art. 148 alin. (2) din Constituția României.

Cu alte cuvinte, dreptul european prevede un tratament special privind protecția secretului comercial și al know-how-ului. Pe cale de consecință, achizițarea doar a respectat dispozițiile europene și ale Legii nr. 98/2016.

Totodată, instanțele europene au menționat obligația autorităților de a nu divulga în cadrul procedurilor de achiziții publice care pot să denatureze competiția, de ex. cauza Varec C-450/06.

În ceea ce privește calcularea unui nou termen pentru formularea unei căi de atac împotriva deciziei autorității contractante, arată că:

(i) termenul pentru formularea unei căi de atac de 10 zile de la data luării la cunoștință despre actul considerat nelegal, în speță, raportul procedurii, a expirat la 27 mai 2024;

(ii) contestatoarea nu a formulat nicio critică la adresa ofertei asocierii sale care să poată fi ulterior completată, ca urmare a studierii dosarului de pe rolul CNSC. Astfel, orice critici formulate în afara termenului de 10 zile de la data comunicării raportului procedurii sunt, astfel, tardive.

Astfel, nu se poate acorda SRL un termen suplimentar în care să formuleze motive suplimentare de contestație deoarece această măsură, cum chiar petenta admite prin lipsa menționării unui temei legal, nu este prevăzută de lege.

În acest sens, apreciază că CNSC nu poate să dispună o măsură care nu este prevăzută de lege, deoarece orice soluție a unei instanțe (lato senso) trebuie să aibă un fundament legal.

Pe cale de consecință, având în vedere dispozițiile naționale și europene din materia achizițiilor publice, apreciază că respingerea furnizării informațiilor confidențiale din oferta asocierii de către achizițoare este conformă și în acord cu dispozițiile legale.

Totodată, arată că lipsesc unele informații și documente obligatorii din oferta SRL.

Cu titlu general, susține că potrivit fișei de date, Secțiunea III.1.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, cerința imperativă din fișa de date a fost aceea de a prezenta (la momentul depunerii ofertei) declarația de neîncadrare în situațiile prevăzute de art. 60 din Legea

98/2016 - Formularul 4, completat corespunzător, atât pentru ofertant, cât și pentru terțul susținător.

Pentru claritate, prin Formularul 4, ofertanții declarau pe proprie răspundere și sub sancțiunea falsului în declarații, că atât aceștia, cât și acționarii/asociații acestora, membrii în consiliul de administrație și/sau organul de conducere sau de supervizare nu se află în situații de conflict de interese astfel cum acestea sunt reglementate de art. 60 din Legea nr. 98/2016.

În scopul emiterii acestei declarații de proprie răspundere, ofertanții urmau să includă direct în Formularul 4, lista persoanelor fizice și/sau juridice care sunt acționari/asociați, membrii în consiliul de administrație/conducere/supervizare și raportat la care se confirmă inexistența unui conflict de interese. Ofertanții declarau astfel că *„informațiile furnizate sunt complete și corecte în fiecare detaliu”*.

Omisiunea unor informații, precum datele asociaților, era de natură să invalideze declarația pe proprie răspundere, aceasta fiind emisă cu includerea unor informații incomplete.

De asemenea, omisiunea depunerii Formularului 4 era de natură să împiedice autoritatea contractantă în procesul verificării motivelor de excludere prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contrar celor susținut prin contestație, nu se află în prezența unor simple erori materiale sau chestiuni formale, ci a unor date/informații esențiale pentru analizarea ofertei, dar și pentru asigurarea legalității procedurii.

Atât timp cât există o omisiune din partea operatorului economic cu privire la condițiile de participare, acesta nu se poate apăra invocând propria culpă, fiind contrar principiului *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*.

În plus, conform secțiunii IV.4.3 *Modul de prezentare al ofertei* din fișa de date, regula stabilită chiar de autoritatea contractantă era în sensul că: (i) lipsa prezentării sau (ii) prezentarea informațiilor parțiale, privind incidența motivelor de excludere, atrage respingerea ofertelor.

Astfel, intervenienta redă din prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016.

Deci, autoritatea contractantă a acționat în mod corect cu respectarea regulilor stabilite chiar de aceasta aplicabile procedurii, precum și în acord cu dispozițiile legale mai sus enunțate.

În concret, cu privire la cele două motive de respingere a ofertei SRL, susține următoarele:

- cu privire la completarea necorespunzătoare de către SRL a Formularului 4 din procedură și omisiunea de a include informațiile solicitate de autoritatea contractantă, petenta susține că omisiunea completării datelor solicitate în Formularul 4 pentru verificare conflictului de interese nu putea atrage respingerea ofertei sale ca neconformă.

Consideră argumentele contestatoarei nefondate, în dezacord cu prevederile legale, precum și cu rațiunile pentru care legislația achizițiilor publice impune autorităților contractante verificarea motivelor de excludere încă de la momentul depunerii ofertei, și nu ulterior, la momentul desemnării ofertei câștigătoare.

Faptul că SRL a depus în cadrul ofertei și o declarație privind beneficiarul real al societății nu poate suplini lipsa detaliilor privind asociatul SRL din declarația privind conflictul de interese. Contestatoarea încearcă să inducă în eroare Consiliul, punând semnul egalității între asociatul societății și beneficiarul real al acesteia. Or, aceste două noțiuni nu pot fi confundate.

Pe cale de consecință, argumentul acesta al contestatoarei nu poate fi primit, deoarece trebuie realizată distincție clară între beneficiarul real și asociatul societății, precum și între scopul și finalitatea furnizării acestor informații.

Conform datelor din Registrul Comerțului, ... SRL are un asociat unic, respectiv persoana juridică S. (1987) LIMITED.

Or, conform art. 4 alin. (2) din Legea nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, noțiunea de „*beneficiar real*” se referă în toate cazurile la persoana sau persoanele fizice care dețin sau controlează în ultimă instanță societatea (fie prin deținerea unui procent din acțiuni, fie prin exercitarea controlului prin alte mijloace).

Astfel, noțiunea de asociat nu poate fi confundată cu cea de beneficiar real, astfel cum în mod eronat susține contestatoarea. Detaliile privind beneficiarul real din extrasul furnizat ca parte din ofertă nu sunt de natură să suplinească informațiile lipsă privind asociatul societății din declarația privind conflictul de interese.

Contrar celor susținute de contestatoare, autoritatea contractantă nu putea corobora informațiile din declarația privind beneficiarii reali pentru a determina identitatea asociatului unic.

Susține că, întrucât datele privind asociatul unic al SRL nu se regăseau în documentele depuse de contestatoare, rezultă astfel că această omisiune a sa nu poate fi calificată drept un viciu de formă în sensul art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, astfel cum susține contestatoarea.

Cu titlu prealabil, remarcă din analiza dispozițiilor art. 135 din HG nr. 395/2016 că autoritatea publică are dreptul, nu obligația, cum în mod eronat încearcă să argumenteze contestatoarea, de a solicita clarificări în situația în care există vicii de formă.

Totodată, și CJUE a reținut în jurisprudența sa care a avut ca obiect tocmai analiza acestei chestiuni. Decizia CJUE este relevantă tocmai din prisma faptului că această pretinsă clarificare este cauzată de

nerespectarea obligației de diligență a contestatoarei de a completa și depune Formularul 4 potrivit legii.

Oricum, rezultă din prevederile de mai sus, că autoritatea contractantă va solicita clarificări și/sau completări ofertanților atunci când există un viciu de formă, adică o eroare sau omisiune din cadrul unui document care este susținută în mod neechivoc de alte informații existente în ofertă.

Or, astfel cum a arătat mai sus, detaliile privind asociatul unic al SRL și, mai important, asumarea expresă a lipsei unui conflict de interese al asociatului unic prin Formularul 4, nu sunt susținute de niciun alt document din oferta contestatoarei. Mențiunea acesteia în sensul că aceste date erau susținute de declarația privind beneficiarul real este, așa cum a arătat mai sus, eronată și menită să inducă în eroare. Atât declarația privind beneficiarul real, cât și extrasul din Registrul Beneficiarilor Reali privind SRL nu cuprinde date privind asociatul acestei societăți.

Pe lângă asumarea prin semnătura din partea petentei care dă eficiență juridică a unui înscris, apreciază că diferența dintre declarația și mențiunea DUAЕ este și o posibilă sancționare penală în cazul lipsei veridicității aspectelor declarate.

În acest sens, se observă o diferență de efecte juridice dintre mențiunea din DUAЕ și declarația pe proprie răspundere de la Formularul 4.

În lipsa existenței unor informații privind asociatul SRL și a inexistenței unui conflict de interese în raport cu acesta de către contestatoare în documentele depuse odată cu oferta, această omisiune nu poate echivala cu un viciu de formă în sensul art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 invocat chiar de ofertant.

În acest sens, rezultă că autoritatea contractantă nu avea obligația de a-i adresa solicitări de clarificări contestatoarei, în condițiile în care acest ofertant a omis să respecte una dintre cerințele obligatorii ale documentației de atribuire privind Formularul 4, documentație care sancționa cu respingerea ofertei orice completare necorespunzătoare a Formularului 4. Orice demers contrariu al autorității contractante ar fi fost de natură să creeze avantaje in juste petentei, care ar fi avut ocazia, pe durata evaluării ofertelor, să completeze Formularul 4 cu informații noi, care nu se regăseau în oferta inițială.

În același sens arată interpretarea rezultată din literatura de specialitate asupra noțiunii de vicii de formă.

Cu alte cuvinte, doctrina a statuat că, pentru a fi în prezența unor vicii de formă, trebuie să fie niște informații susținute de documentele și datele existente la dosarul autorității. Or, după cum se observă în mod

evident din paragrafele anterioare nu există niciun document care să poată susține informațiile existente la Formularul 4.

De altfel, nu trebuie confundată solicitarea de clarificări/completări cu omisiunea vădită și culpa evidentă a operatorului economic. Autoritatea nu se substituie participanților, ci doar realizează o evaluare prin raportare la condițiile procedurii și actele depuse de participanți.

Viciile de forma au în vedere doar situații evidente și clare, care nu implică omisiuni clare și vădite din partea operatorului. Chiar jurisprudența citată de petentă confirmă caracterul de excepție al completărilor/clarificărilor și excluderea culpei operatorului economic.

De asemenea, este nefondat și argumentul contestatoarei în sensul că această omisiune ar fi putut fi remediată odată cu prezentarea documentelor justificative aferente DUAЕ. Practic ce sugerează contestatoarea este că autoritatea contractantă ar fi trebuit să ignore lipsurile din Formularul 4 și să treacă la evaluarea ofertei tehnice și financiare a petentei, deși acest ofertant nu a declarat identitatea asociatului unic și nu și-a asumat lipsa conflictului de interese raportat la asociatul societății. Astfel, contestatoarea susține că aceste lipsuri se putea remedia ulterior, dacă ofertantul era desemnat câștigătorul procedurii. Or, în mod evident, lipsurile din oferta inițială nu se pot complini prin depunerea documentelor justificative aferente DUAЕ, în special când informațiile în cauză erau solicitate la momentul depunerii ofertei.

Mai mult, referitor la principiul proporționalității invocat de către contestatoare, acesta nu trebuie să fie invocat pentru a putea eluda normele legale imperative care privesc o procedură de achiziție publică.

În acest sens, și instanțele naționale au reținut că necompletarea și nedepunerea unor formulare obligatorii potrivit legii nu poate fi considerată o chestiune strict formală și nedepunerea acestora atrage neconformitatea ofertei.

Pentru toate aceste motive, solicită Consiliului să observe că această critică, omisiunea petentei de a depune Formularul 4 pentru & LTD, este nefondată și se impune a fi respinsă.

Cerința autorității contractante a fost clară în sensul că & LTD este obligat să depună odată cu oferta Formularul 4 privind conflictul de interese, în plus față de declarația din DUAЕ.

Lipsa depunerii acestui formular este sancționată conform fișei de date și prevederilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, cu respingerea ofertei ca neconformă.

În pofida acestei cerințe exprese, contestatoarea critică (post-factum) această cerință afirmând că:

(i) depunerea Formularului 4 nu era necesară întrucât aceleași declarații au fost cuprinse în DUAЕ;

(ii) depunerea Formularului 4 impune o „sarcină administrativă excesivă” în sarcina operatorilor economici; și

(iii) autoritatea contractantă ar fi fost obligată să facă demersuri suplimentare pentru a stabili dacă această situație reprezintă o situație de conflict de interese, conform art. 62 alin. (2) din Legea 98/2016.

Pe fondul acestor argumente, arată că, spre deosebire de declarația generică din DUAE, în care ofertanții pot marca exclusiv cu „DA” sau „NU”, Formularul 4 (obligatoriu pentru toți ofertanții) vine în completarea câmpului relevant din DUAE. Formularul era menit să clarifice cazurile de conflict de interese reglementate de legislația din România, să informeze ofertanții în legătură cu identitatea persoanelor cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante și să solicite detalii cu privire la identitatea asociaților/ acționarilor și a membrilor în consiliul de administrație/conducere/ supervizare.

În plus, odată consolidat caracterul obligatoriu al documentației de atribuire prin nedepunerea unei contestații în termenul prevăzut de lege, inclusiv formularele parte din documentația de atribuire au devenit obligatorii pentru ofertanți.

Fără a repeta argumentele prezentate mai sus, intervenienta invocă dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și art. 20 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și susține că ofertanții erau obligați să elaboreze oferta în acord cu formularele parte din documentația de atribuire.

De asemenea, arată că solicitarea unui formular constând într-o declarație pe proprie răspundere cu privire la inexistența unui conflict de interese, suplimentar față de DUAE, era obligatorie pentru autoritatea contractantă. Documentația de atribuire standardizată publicată de Autoritatea Națională pentru Achiziții Publice impune în cadrul modelului de documentație de atribuire pentru furnizare de produse, completarea unui formular intitulat *„Declarație privind conflictul de interese”*. Astfel, chiar ANAP validează necesitatea unei declarații supliment la DUAE privind lipsa conflictului de interese.

Mai mult, argumentul contestatoarei în sensul că Formularul 4 a impus o sarcină administrativă excesivă ofertanților este invocat exclusiv pro causa.

Ofertantul SRL a completat (deși neconform) și depus pentru sine Formularul 4 în completarea DUAE, neconsiderând acest lucru o sarcină excesivă în sarcina sa.

În schimb, atunci când vine vorba de terțul susținător, ... & LTD, contestatoarea aplică un dublu standard și încearcă să justifice omisiunea de a depune acest formular printr-o pretinsă sarcină administrativă excesivă în sarcina ofertanților, deși în cazul său a considerat necesar să depună ambele documente.

Față de aceste aspecte, solicită Consiliului să observe că „sarcina administrativă excesivă” la care se referă Regulamentul de punere în

aplicare (UE) 2017 al Comisiei ce reglementează DUAЕ și la care se referă SRL în contestație are în vedere:

"informații și/sau documente suplimentare" materializate în „solicitări sistematice de certificate sau alte forme de documente justificative"

sau

"practici care constau în identificarea în mod discriminatoriu a operatorilor economici cărora li se solicită să furnizeze astfel de documente".

Or, Formularul 4 nu impune nici depunerea unor documente justificative, și nici nu include practici care ar discrimina operatorii economici implicați în procedură. Formularul 4 este menit exclusiv să constituie un supliment la DUAЕ cu privire la lipsa conflictelor de interese raportat la lista detaliată de cazuri inclusă în acest formular, precum și identitatea membrilor din cadrul autorității contractante și ofertanți. Acest argument este confirmat și de ANAP care, așa cum a arătat mai sus, include în modelele standardizate de documentații de atribuire, un formular ce constă într-o declarație pe proprie răspundere privind lipsa conflictelor de interese.

Cu privire la argumentele SRL în sensul că autoritatea contractantă ar fi fost obligată să facă demersuri suplimentare pentru a stabili dacă această situație reprezintă o situație de conflict de interese, conform art. 62 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, arată că ipoteza de la art. 62 alin. (2) se aplică exclusiv în situația în care se identifică o „situație potențial generatoare de conflict de interese”.

Or, în acest caz, autoritatea contractantă nici măcar nu avut posibilitatea verificării situațiilor potențial generatoare de conflict de interese în cazul terțului susținător, întrucât acesta nu a depus Formularul 4 și nu a declarat identitatea asociaților/acționarilor și a membrilor în consiliul de administrație/conducere/supervizare. Prin urmare, art. 62 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 invocat de contestatoare nu își găsește aplicabilitatea în speță.

Cu privire la posibilitatea solicitării unor clarificări, precizează că, deși, nu neagă dreptul general al autorităților contractante de a solicita clarificări ofertanților în cadrul procedurilor de atribuire, acestea trebuie să aibă drept scop strict clarificarea anumitor informații pentru a verifica dacă oferta depusă (inițial) este sau nu conformă, în conformitate cu documentația de atribuire și prevederile legale și nu modificarea/completarea nepermisă a ofertei. Astfel cum a arătat, contestatoarea citează trunchiat dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 pentru a justifica necesitatea solicitării de clarificări prin care autoritatea contractantă să îi fi permis să își completeze oferta după termenul de depunere a acesteia, argumente nefondate.

Contestatoarea însă omite să citeze și norma de aplicare a art. 209 alin. (1) din lege, și anume art. 135 din HG nr. 305/2016.

Astfel, rezultă din prevederile de mai sus, autoritatea contractantă va solicita clarificări și/sau completări ofertanților atunci când există un viciu de formă, adică o eroare sau omisiune din cadrul unui document care este susținut în mod neechivoc de alte informații existente în ofertă. Astfel, în lumina textului de lege și a prevederilor din fișa de date invocate mai sus, prezentarea de noi documente/informații prin răspunsurile la solicitările de

clarificări (solicitate prin fișa de date/documentația de atribuire a fi depuse odată cu oferta, cerințe de la care ofertanții nu se puteau abate) nu poate constitui un viciu de formă.

Contrar celor citate de contestatoare, atât jurisprudența de la nivelul Curții de Justiție a Uniunii Europene, cât și cea națională, susțin punctul de vedere conform căruia prezentarea de noi documente/informații, care nu au fost transmise în termenul pentru depunerea ofertelor, nu constituie completări formale/de completare și nu pot fi acceptate.

În acest sens, învederează că CJUE s-a pronunțat în sensul că:

"Principiul egalității de tratament al operatorilor economici[...] trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor."

Așa cum a menționat, consideră că nicio dispoziție legală și nici jurisprudența CJUE citată chiar de petentă nu autorizează comportamente culpabile și omisiune evidente ale operatorilor economici. În situația din speță, nu este în prezența unor erori involuntare, minore sau formale, ci a unor deficiențe majore din partea participantului, care nu s-a conformat cerințelor legale.

Acceptarea depunerii/completării Formularului 4 ulterior termenului pentru depunerea ofertelor ar echivala cu un avantaj incorect acordat contestatoarei, întrucât este de natură să transforme oferta acesteia din una neconformă în una conformă. Or, o astfel de abordare nu este permisă conform art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016. În acest sens s-a pronunțat și CNSC.

În susținerea faptului că autoritatea contractantă a respectat prevederile legislației achizițiilor publice prin măsurile implementate în derularea procedurii, intervenienta solicită să se aibă în vedere și faptul că această procedură a fost selectată pentru control ex-ante conform Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii și ale HG nr. 419/2018 privind aprobarea normelor metodologice de aplicare a OUG nr. 98/2017, așa cum rezultă din informațiile publice disponibile în SEAP.

Astfel, ANAP a verificat modul de evaluare a SRL, precum și a celorlalți ofertanți de către autoritatea contractantă, inclusiv în ceea ce privește formularea de întrebări de clarificare adresate ofertanților și întocmirea raportului de evaluare.

Pentru toate motivele prezentate, solicită admiterea în principiu și admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulată de SRL ca nefondată.

..... SRL, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 37815/17.06.2024, a transmis concluzii scrise, prin care solicită respingerea apărărilor autorității contractante și ale intervenientei.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes de a solicita informațiile confidențiale ale SRL invocată de intervenientă, precizează că nu a solicitat acces la informațiile confidențiale din celelalte oferte depusă în procedură, astfel încât excepția invocată este ab initio lipsită de obiect.

În acest sens, reiterează că, prin contestație, a solicitat:

"Acordarea accesului la informațiile calificate în mod eronat drept confidențiale din celelalte oferte depuse în procedură, precum și la informațiile privind evaluarea acestor oferte care au fost în mod eronat calificate drept confidențiale".

În măsura în care intervenienta ar fi urmărit să invoce o pretinsă lipsă de interes a cererii sale de acces la informațiile din celelalte oferte care nu sunt protejate de un drept de confidențialitate, solicită Consiliului să rețină că:

- verificarea condiției interesului se impune a fi realizată în raport de prevederile legislației speciale privind remediile în materia achizițiilor publice. Or, toate condițiile verificării interesului său de a formula contestația, care include și cererea de acces la dosarul achiziției, sunt îndeplinite în cauză; prin urmare, contrar susținerilor intervenientei, generice, și, de altfel nefundamentate pe niciun text de lege care reglementează interesul de a promova o cale de atac împotriva actelor emise în materia achizițiilor publice, legislația națională și europeană recunoaște interesul oricărui operator economic, de a ataca orice decizie adoptată de *„autoritățile contractante care sunt supuse normelor dreptului Uniunii în materie de contracte de achiziții publice și nu prevede nicio restricție în ceea ce privește natura și conținutul deciziilor menționate"*, iar calitatea procesuală activă pentru a contesta deciziile autorităților contractante este dată de caracterul nedefinitiv al deciziei de excludere a operatorului economic din procedura de atribuire; or, în cazul său, o asemenea decizie nu este definitivă.

- contrar teoriei pe care intervenienta încearcă să o susțină, dreptul participanților la procedura de atribuire de a avea acces 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"* nu este condiționată de etapa de evaluare față de care s-a stabilit rezultatul față de oferta solicitantului; în cazul acesta, reiterează că nu a solicitat acces la informațiile care au fost declarate în mod întemeiat ca fiind confidențiale de către ceilalți ofertanți, redând din dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește apărările autorității contractante și ale intervenientei cu privire la pretinsa solicitare de acces a sa la informații confidențiale, reiterează că, atât prin cererea de acces la dosarul achiziției, din data de 16.05.2024, cât și prin revenirea la cererea de acces la dosarul

achiziției publice, trimisă la data de 20.05.2024, nu a solicitat furnizarea acelor informații din oferte ce conțin secrete tehnice sau comerciale, al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența sau a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă ofertanților, ci a solicitat acces la acele informații privind caracteristicile esențiale ale ofertelor, al căror conținut a fost determinant pentru stabilirea rezultatului procedurii.

Cu privire la nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei sale și temeinicia contestației, contestatoarea susține că, oferta sa a fost calificată ca neconformă din următoarele considerente:

a) a depus toate documentele solicitate de autoritatea contractantă, cu omisiunea de a menționa în cadrul Formularului 4 asociatul unic al societății;

b) terțul susținător a omis depunerea Formularului 4, omisiune considerată (în mod eronat) de către autoritatea contractantă drept motiv de respingere a ofertei chiar și în condițiile în care declarațiile cuprinse în cadrul acestui formular se regăseau în cuprinsul DUAЕ. În acest sens, reiterează că, a depus în cadrul ofertei, DUAЕ completat și asumat de terțul susținător prin care, în cadrul secțiunii „C: *MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE*”, acesta a declarat, clar, expres și neechivoc, că nu se încadrează în nicio situație de „*Conflict de interese care decurge din participarea la procedura de achiziții publice*”. Practic, autoritatea contractantă a respins oferta, deoarece pentru terțul susținător nu a fost prezentată de două ori aceeași declarație.

În acest sens, solicită Consiliului să rețină că oferta sa a fost evaluată inclusiv cu încălcarea principiului tratamentului egal, fiind aplicabile alte criterii pentru evaluarea ofertei față de criteriile aplicate evaluării ofertei asocierii al cărei lider este SRL.

În concret, prin răspunsul formulat la solicitarea de clarificare nr. 56/12843 din 22.01.2024, ... SRL și-a completat oferta cu informații care trebuiau să fie incluse în cuprinsul acesteia.

Astfel, deși acest ofertant a omis includerea în oferta sa a unor documente și informații care erau solicitate prin caietul de sarcini, pentru prezentarea ofertei sale tehnice, și care nu pot fi incluse în categoria viciilor de formă (fiind informații care emană strict de la ofertant și care nu pot fi verificate prin compararea cu baza de date publice, respectiv cu alte declarații deja incluse în ofertă, cum este cazul ofertei sale), acestuia i-a fost permisă completarea ofertei care induce astfel un avantaj necuvenit.

Această modalitate de evaluare a ofertei intervenientei este în vădită contradicție cu modalitatea de evaluare a ofertei sale, fiind evidentă

încălcarea principiului tratamentului egal din moment ce cu privire la această ofertă autoritatea contractantă nu numai că nu a dat dovadă de aceeași „rigoare” excesivă în evaluare, ci, mai mult, chiar i-a permis acestui ofertant să-și completeze oferta în mod nelegal, creându-i un avantaj incorect.

Prin urmare, solicită Consiliului să rețină că în mod nelegal, respectiv cu grava încălcare a principiului proporționalității, a decis achizițarea să respingă oferta sa pentru omisiunea unor informații care fie se regăseau în altă formă în ofertă, fie puteau fi oricând verificate prin consultarea bazelor de date publice, solicitarea clarificării acestora neputând avea decât un rol pur de confirmare.

În subsidiar, în măsura în care Consiliul ar aprecia că nu ar fi fost posibilă clarificarea ofertei sale, solicită ca, prin aplicarea principiului tratamentului egal, să dispună obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor celorlalte oferte din cadrul procedurii, inclusiv oferta intervenientei, prin raportare la aceleași repere aplicabile ofertei sale.

În ceea ce privește nelegalitatea rezultatului procedurii sub aspectul evaluării celorlalte oferte, respectiv sub aspectul respectării principiului tratamentului egal în evaluarea ofertelor, subliniază că documentele din cadrul dosarului constituit la Consiliu confirmă criticile formulate prin contestație cu privire la încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației sale de a asigura acces neîngrădit la dosarul achiziției și restricționarea accesului său la informații care nu sunt protejate și care sunt esențiale pentru exercitarea dreptului legitim la apărare.

Arată în acest sens, că, în data 12.06.2024, cu ocazia studierii dosarului constituit la Consiliu, i-au fost puse la dispoziție un volum semnificativ de documente (în format electronic acestea au o dimensiune mai mare de 403 MB, conținând 281 de fișiere), documente care conțin informații esențiale pentru exercitarea dreptului său legitim de a formula o cale de atac eficientă împotriva rezultatului procedurii.

În concret, în data de 12.06.2024, a avut acces, pentru prima dată, la unele documente din ofertele celorlalți ofertanți, precum și la documentele emise de autoritatea contractantă în decursul evaluării ofertelor depuse în procedură, astfel încât abia de la această dată a avut acces la ansamblul informațiilor pe care s-a întemeiat decizia privind rezultatul procedurii.

În acest context, arată că, din moment ce, urmare admiterii cererii sale formulate în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a apreciat că documentele pe care i le-a pus la dispoziție nu se încadrează în categoria documentelor care au fost probate de ofertanți

"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",

rezultă că aceste documente au fost calificate în mod eronat drept confidențiale de către autoritatea contractantă.

Arată, totodată, că documentele, în mod eronat calificate drept confidențiale de autoritatea contractantă, sunt esențiale pentru exercitarea de către societatea sa a unei căi de atac efective din moment ce acestea includ, fără a se limita la: (i) documentele din care rezultă prețul ofertat și

alte caracteristici esențiale ale ofertelor depuse în procedură, precum și (ii) documentele emise de autoritatea contractantă pentru evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii.

Astfel, restricționarea nelegală a accesului său la aceste documente calificate în mod eronat drept confidențiale i-a afectat grav dreptul de a exercita o cale de atac efectivă împotriva actelor autorității contractante prin care aceasta a stabilit rezultatul procedurii.

În acest context, arată că termenul pentru a formula critici cu privire la actele emise de autoritatea contractantă pentru stabilirea rezultatului procedurii se impune a fi calculat începând de la data la care a luat cunoștință de ansamblul informațiilor declarate în mod eronat drept confidențiale. Având în vedere că a luat cunoștință de ansamblul informațiilor declarate în mod eronat drept confidențiale de către autoritatea contractantă, în data de 12.06.2024, în acord cu cele statuate de CJUE în Cauza C-54/21, termenul pentru formularea de critici cu privire la actele emise de autoritatea contractantă pentru stabilirea rezultatului procedurii, se impune a fi calculat de la această dată, acest termen împlinindu-se în data de 25.06.2024.

În consecință, solicită Consiliului să admită cererea sa de repunere în termenul de formulare a motivelor de contestație/contestației, termen care a început să curgă de la data luării la cunoștință de informațiile declarate în mod eronat drept confidențiale de către autoritatea contractantă.

Apreciind că cererea sa este întemeiată, își rezervă dreptul de a completa contestația sa sau, în măsura în care Consiliul ar aprecia că o asemenea completare nu e admisibilă, să formuleze o nouă contestație, în termenul legal calculat de la data luării la cunoștință de către informațiile declarate în mod eronat drept confidențiale de către autoritatea contractantă, respectiv de la data de 12.06.2023.

Față de cele expuse, solicită admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată și urmează a fi completată și precizată, în termen legal.

..... SRL, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 38771/19.06.2024, a solicitat acces la dosarul cauzei.

..... SRL, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 39576/25.06.2024, a transmis concluzii scrise, prin care solicită respingerea apărărilor și motivelor invocate de SRL, pentru următoarele motive:

1. Aspecte prealabile:

Deși, ... SRL susține că formulează concluzii scrise față de punctul de vedere al autorității și a cererii sale de intervenție, în realitate, pe lângă apărările nefondate, petenta încearcă să schimbe obiectul criticilor formulate pe calea contestației inițiale, să modifice și să adauge pretinse motive de nelegalitate, cu încălcarea termenelor legale imperative.

Prin urmare, solicită Consiliului să țină cont doar de motivele formulate în termen și de limitele fixate de SRL pe calea contestației. Orice motive pretinsa cerere de repunere în termen este nefondată.

2. Excepția lipsei de interes:

Contestatoarea face o confuzie regretabilă între condițiile (generale) ale acțiunii civile în încercare de a demonstra interesul în formularea contestației. Indiferent de modalitatea în care Consiliu va analiza argumentele sale (ca excepție procesuală sau ca apărare de fond), este dincolo de orice dubiu că, prin raportare la etapa prealabilă în care a fost respinsă oferta SRL, nu există niciun interes legitim și determinat pentru accesarea informațiilor confidențiale din ofertele tehnice și financiare ale competitorilor.

Lipsa de obiect a excepției, pe lângă motivarea confuză, demonstrează reaua-credință a contestatoarei. În primul rând, lipsa de obiect ar fi presupus ca petenta să renunțe la contestației, chestiunile ce țin de „fondul” interesului privește temeinicia excepției, nu obiectul acesteia. În al doilea rând, petenta nu este în măsură să decidă ce informații sunt sau nu confidențiale.

Arată că nu a negat niciodată dreptul sau vocația SRL de a formula o cale de atac și nici calitatea procesuală a acesteia. Jurisprudența citată privește situații cu totul diferite și nu neagă în niciun fel lipsa de interes invocată de intervenientă.

Contrar alegațiilor contestatoarei, nici legea și nici jurisprudența CJUE citată nu autorizează formularea unor contestații lipsite de o finalitate practică și determinantă. CJUE nu a statuat în niciun moment posibilitatea de a formula o contestație lipsită de interes sau o contestație vădit neîntemeiată și abuzivă.

Vocația de a formula o contestație nu echivalează și cu satisfacerea condiției interesului. De altfel, definiția persoanei care are sau a avut un interes în legătură cu procedura de atribuire (art. 3 din Legea 101/2016) nu se confundă cu condiția interesului, ci vizează calitatea procesuală.

Atât timp cât oferta contestatoarei nu a intrat în faza de evaluare tehnică și financiară, interesul legitim și determinat poate viza doar pretinsele nelegalități săvârșite până la acea etapă. SRL nu justifică un interes în a obține acces neîngrădit la dosarul achiziției (așa cum sugerează prin contestația inițială) în condițiile în care oferta sa a fost respinsă la o etapă preliminară. Orice interes de a contesta (în acord și cu jurisprudența CJUE) poate viza pretinsele neregularități săvârșite până la momentul respingerii ofertei.

Atât timp cât prin contestația inițială nu s-a invocat nicio critică la adresa ofertei sale, nu există niciun folos practic. În speță, nu a exista o

comparație între oferte SRL și SRL pentru a justifica interesul în a accesa informațiile confidențiale.

Accesul la informații confidențiale trebuie să fie realizat în condiții restrictive și în conformitate cu etapele, logica și scopul procedurii de achiziție publică. Legea nu autorizează orice acces la informații confidențiale, ci doar un acces legitim și proporțional, etapizat în funcție de etapele evaluării pe care ofertanții le parcurg.

3. Solicitarea privind accesul la informații confidențiale:

Contrar susținerilor nefondate ale SRL, a motivat pe larg rațiunile care impun păstrarea ofertei drept confidențiale în acord cu art. 57 din Legea nr. 98/2016 (a se vedea în acest sens Anexa 13 la oferta asocierii). Susținerile generale și nemulțumirile contestatoarei nu constituie motiv întemeiat pentru a nega caracterul confidențial al informațiilor. De altfel, petenta nu face nicio referire concretă la oferta sa și elementele care au fost declarate confidențiale.

Autoritatea contractantă a analizat în concret declarațiile ofertanților, inclusiv în cazul asocierii sale. În acest sens, face referire la secțiunea 2.4.8 din raportul procedurii, de unde rezultă că autoritatea contractantă a analizat declarațiile de confidențialitate, inclusiv un sumar al motivelor invocate de fiecare ofertant. Cu aplicarea principiului tratamentului egal și a prevederilor relevante din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a determinat că ofertanții au declarat în mod justificat confidențialitatea ofertelor.

Totodată, contestatoarea încearcă deliberat să extindă categoria informațiilor confidențiale și să excludă, în mod tendențios, informații care pot afecta tratamentul egal și loial sub bagheta „informațiilor de interes public”. În acest sens, arată că:

- *"prețul total al ofertelor depuse"* nu are caracter de informație de interes public; exclusiv prețul ofertei câștigătoare devine public ca urmare a semnării contractului de achiziție publică și, ulterior, publicării unui anunț de atribuire în SEAP. Până la momentul semnării contractului și publicării anunțului de atribuire nu există o obligație de a include detalii cu privire la oferta financiară a ofertantului câștigător în raportul procedurii, astfel cum rezultă chiar din conținutul raportului procedurii reglementat de art. 216 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- *"caracteristicile tehnice care au determinat obținerea [...] punctajului acordat"* nu au caracter de informație de interes public; obținerea punctajului acordat s-a efectuat în baza criteriului de atribuire și algoritmului de calcul asociat, astfel cum a fost stabilit prin documentația de atribuire și adus la cunoștința tuturor ofertanților. Detaliile privind

caracteristicile tehnice ale produsului fac parte din informațiile pe care le-a declarat confidențiale, având caracter de secret comercial;

- procesele verbal de evaluare nu au fost declarate confidențiale de ofertanți, însă, având în vedere (i) scopul urmărit de legiuitor prin instituirea protecției confidențialității elementelor din ofertă, în speță, protejarea intereselor comerciale și avantajelor competitive ale ofertanților, respectiv prevenirea unor abuzuri din partea operatorilor economici concurenți, precum și faptul că (ii) art. 57 din Legea nr. 98/2016 vorbește despre „*informațiile din propune-rea tehnică*” și de „*elementele din propunerea financiară*”, fără a face nicio distincție între situația în care acestea se regăsesc în documentele depuse de ofertanți, sau documentele elaborate de autoritățile contractante, în mod corect a restricționat achizițarea accesul la părțile din aceste procese verbale ce includeau informații și/sau elemente din ofertă, declarate confidențiale.

Contestatoarea a avut acces la dosarul achiziției publice în conformitate cu art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016. Informațiile confidențiale trebuie protejate, fiind o formă a concurenței loiale și a tratamentului egal. Prin urmare, solicitarea de acces la informații confidențiale este nefondată.

4. Decizia de respingere a ofertei SRL este legală:

Prin concluziile scrise, ... SRL nu neagă neconformitățile la nivelul ofertei, ci încearcă să creeze aparența că acestea ar fi simple erori materiale, deși, așa cum am arătat și prin cererea de intervenție, sunt cerințe imperative cu care acestea nu s-a conformat.

Omisiunile SRL erau de natură să împiedice autoritatea contractantă în procesul verificării motivelor de excludere prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016. Achizițarea nu se substituie participanților și nu completează dosarul în locul acestora.

În primul rând, contestatoarea omite intenționat să precizeze că verificarea motivelor de excludere se realizează la momentul depunerii ofertei și nu ulterior la momentul desemnării ofertei câștigătoare.

Declarația privind beneficiarul real privește tot timpul o persoană fizică, iar nu o persoană juridică care este asociat. Precizează că nu este în prezența unui viciu de formă, ci a unor veritabile neconformități care împiedică o analiză efectivă din partea autorității. Existența sau nu a unui conflict de interese, susținut de documente justificative, privește o condiție esențială pentru legalitatea ofertei și capacitatea ofertantului de a face parte din procedură.

Clarificările și completările vizează vicii de formă, iar nu omisiuni evidente, substanțiale și voite ale ofertanților. Contestatoarea nu a respectat niște cerințe obligatorii din documentația de atribuire, prezentate în mod detaliat și explicit în fișa de date a procedurii, care atragerea respingerea ofertei. Omisiunile SRL nu sunt simple vicii de formă, ci neconformități vădite, clare și culpabile.

Contrar alegațiilor eronate din concluzii, arată că nu a susținut în niciun moment că legislația achizițiilor nu ar permite anumite completări sau clarificări. A subliniat, în acord și cu jurisprudența CJUE, că solicitarea

de completări/clarificări exclude culpa operatorului economic, privește doar erori involuntare și formale, și nu permite eludarea unor norme imperative.

Principiul proporționalității nu înseamnă că la verificarea motivelor de excludere se aplică regulile de la momentul desemnării ofertei câștigătoare. Or, ... SRL omite etapa la care a fost exclusă și obligațiile pe care le avea la acel moment.

Orice argumente ale contestatoarei în sensul că depunerea Formularului 4 nu ar fi fost necesară și/sau că cerința autorității contractante cu privire la acest formular impune o sarcină administrativă excesivă în sarcina ofertanților se impun a fi respinse ca tardive. Contestatoarea nu mai poate formula la acest moment argumente cu privire la pretinsa nelegalitate/disproporționalitate a cerințelor din documentația de atribuire. În lipsa unei contestații în termen de 10 zile de la data publicării documentației, aceasta a devenit obligatorie pentru toți ofertanții, aceștia fiind ținuti să respecte cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Cu privire la solicitarea de clarificare nr. 56/1283/22.01.2024, arată că aceasta a fost transmisă de către autoritatea contractantă în faza de evaluare a ofertelor tehnice, și a transmis în termen, în mod complet și corespunzător, toate informațiile solicitate în mod explicit.

Cu titlu general și informativ, menționează că ofertantul a prezentat în oferta sa tehnică toate elementele esențiale privind modul de realizare a Activității de întreținere și mentenanță planificată, respectiv cu titlu exemplificativ, menționează ca acesta a prezentat în Anexa 35 manualul de întreținere a autobuzului ofertat, un material detaliat și voluminos privind modul de realizare a activității de întreținere și mentenanță, a prezentat în Anexa 28 lista pieselor de schimb, în Anexa 8 Declarație „de asigurare a consumabilelor și lista acestora.

Prin răspunsul ofertantului la întrebarea nr. 6 din solicitarea de clarificare nr. 56/1283/22.01.2024, acesta a clarificat doar anumite informații, privind piesele de schimb, consumabilele și manopera de întreținere, pentru care a fost prezentată o estimare pentru o durată pe 8 ani, aspecte care sunt accesorii, neesențiale, nu impactează oferta financiară pentru că sunt estimări pe o durată care excedează perioadei contractuale și sunt conexe obiectului principal a procedurii care este achiziția de autobuze electrice conform CPV 34144910-0 Autobuze electrice (Rev.2).

Astfel, a transmis toate informațiile solicitate în mod explicit, informații care se încadrează în categoria viciilor de formă/abateri tehnice minore în temeiul prevederilor art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016.

Aceste abateri tehnice minore se referă inclusiv la omisiuni clare, dar a căror corectare este posibilă, deoarece ele sunt nesemnificative în ansamblul ofertei așa cum dispun prevederile art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016 în cazul achizițiilor publice, spre deosebire de situația petentei unde se vorbește de situații de excludere.

5. Tardivitatea formulării unor motive noi:

Potrivit aspectelor expuse în conținutul concluziilor scrise, ... SRL susține că, pe de o parte, este îndreptățită și, pe de altă parte, că înțelege și își rezervă dreptul de a completa contestația ce face obiectul prezentei cauze cu noi motive de contestație, ca urmare a luării la cunoștință, în data de 12.06.2024, de întreg conținutul dosarului de achiziție.

O primă critică invocată de petentă constă în faptul că „a luat cunoștință de ansamblul informațiilor declarate în mod eronat drept confidențiale de către autoritatea contractantă în data de 12.06.2024” și, totodată, că îngrădirea accesului la dosarul achiziției, nefiindu-i puse la dispoziție „informații privind caracteristicile esențiale ale ofertelor”, i-au afectat dreptul de a exercita o cale de atac efectivă.

Dreptul de a formula o cale de atac efectivă nu se confundă cu termenul în care acest drept trebuie exercitat. Formularea unei contestații într-un anumit termen prevăzut de lege ține de legalitatea procedurii și respectarea drepturilor participanților.

Astfel, redă din dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) și art. 10 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, ... SRL nu poate invoca o lipsă a motivării prezentei contestații, în vederea pretensei repunere în termen pentru completarea cu noi motive prin intermediul unor concluzii scrise și cu scopul de a elucida aplicare dispozițiilor legale indicate supra.

Din contră, potrivit prevederile legale menționate supra, rezultă în mod expres faptul că, singura modalitate prin care o persoană interesată poate sesiza CNSC, este prin intermediul formulării unei contestații cu respectarea dispozițiilor art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, CNSC urmând să analizeze toate aspectele de fapt și de drept, în limitele sesizării, astfel cum au fost indicate în contestație. Astfel, intervenienta invocă jurisprudența CNSC.

În susținerea argumentelor, în sensul că contestația este singura cale de atac, sunt și prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Așa cum a arătat mai sus, susținerilor potrivit cărora:

„Autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia de a restricționa accesul subscrisei la documentele aflate în dosarul achiziției, în special la cele privind ofertele celorlalți operatori economici și modalitatea de evaluare a acestor oferte, exclusiv prin raportare la existența unor declarații de confidențialitate”,

sunt false și contrare documentelor dosarului de achiziție. Autoritatea contractantă a analizat și motivat decizia în secțiunea 2.4.8. din raportul procedurii.

Totuși, pentru a demonstra reaua-credință a SRL și netemeinicia evidentă a motivelor, subliniază că petenta a procedat într-o manieră similară ca și ceilalți participanți la completarea declarației de confidențialitate, chiar fără a motiva corespunzător includerea tuturor informațiilor.

Așa cum rezultă din conținutul Declarației de confidențialitate emisă de SRL, aceasta a calificat anumite informații ca fiind confidențiale „printr-o simplă declarație” (Anexa 1).

Și în acest caz, invocă jurisprudența CNSC și, prin urmare, solicită respingerea, ca tardive, a oricăror motive și critici noi formulate de SRL pe calea concluziilor scrise.

6. Netemeinicia cererii de repunere în termen:

Deși, ... SRL știe că nu mai este în termenul de formulare, acesta încearcă să uziteze de un artificiu juridic și să solicite repunerea în termen. În primul rând, nu poate să nu semnaleze confuzia pe care o face petenta între curgerea unui termen nou și repunerea în termen, fiind vorba despre situații diferite.

Repunerea în termen presupune că termenul a început să curgă, însă nu a putut fi exercitat din cauza unor motive justificate. Or, ... SRL susține, într-o primă fază, că începe să curgă un termen nou. Contradicțiile sunt evidente.

Trecând peste aceste chestiuni evidente, oricum, nu există niciun motive „temeinic justificat” în sensul art. 186 C. proc. civ. Această situație vizează evenimente și împrejurări fortuite, energice, dincolo de voința părților, care împiedică exercitarea dreptului la acțiune.

Accesul la dosar sau anumite informații nu constituie motiv temeinic justificat, ci eventual o chestiune ce ține de legalitate procedurii și care pot face obiectul unor critici. Motivele de nelegalitate nu constituie împrejurări care ar putea să determine repunerea în termen, intervenienta redând din jurisprudența CNSC.

În concluzie, solicită respingerea cererii de repunere în termen formulată de contestatoare.

....., prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 40512/27.06.2024, a transmis concluzii scrise cu privire la aspectele învederate de contestatoare și intervenientă ca urmare a acordării accesului la dosarul achiziției, declarând că a aplicat prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 în fiecare etapă a evaluării, în special principiul tratamentului egal și proporționalității, astfel încât evaluarea ofertelor a fost făcută în mod riguros.

Prin acțiunile sale, susține că a respectat și pus în practică cele consemnate de către observatorii ANAP desemnați, astfel încât, la final, a fost obținut avizul Conform Necondiționat pentru evaluarea ofertelor depuse.

2213

Ca urmare a completării contestației, transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40045/26.06.2024, de SRL, s-a format dosarul nr. 2213/2024 împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 56/66433/ 14.05.2024, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, solicitându-se următoarele:

- anularea comunicării nr. lucrare 56/66433 din 14.05.2024/nr. act (RI18) 3034 din 14.05.2024, a raportului procedurii nr. lucrare 56/65556 din 13.05.2024/nr. act (RI18) 2975 din 13.05.2024, precum și a tuturor actelor subsecvente sau în legătură cu acestea, inclusiv, dar fără a se limita la comunicările rezultatului procedurii transmise către ceilalți participanți la procedură;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea:

- (i) ofertei sale, cu respectarea principiilor proporționalității și tratamentului egal;

- (ii) ofertei declarate câștigătoare, respectiv oferta depusă de ofertantul SRL, sub aspectul motivelor care vor fi prezentate în continuare, în termen legal, ca urmare a obținerii accesului la documentele din cadrul ofertelor depuse de acest ofertant, în conformitate cu prevederile legale aplicabile accesului la acest tip de informații;

- (iii) ofertei z. o. o, sub aspectul motivelor care vor fi prezentate în continuare, în termen legal, ca urmare a obținerii accesului la documentele din cadrul ofertelor depuse de acest ofertant, în conformitate cu prevederile legale aplicabile accesului la acest tip de informații, și stabilirea unui nou rezultat, legal, al procedurii de atribuire.

- în principal, solicită calificarea prezentelor precizări și completări drept completări la contestație.

Precizează că a luat cunoștință de documentele prezentate ca urmare a studierii dosarului constituit la Consiliu, susținând următoarele:

I. Documentele din cadrul dosarului constituit la Consiliul confirmă faptul că autoritatea contractantă i-a îngăduit în mod nejustificat accesul la dosarul achiziției, afectând grav dreptul său de a formula o cale de atac efectivă:

După cum a arătat și prin concluziile scrise, documentele din cadrul dosarului constituit la Consiliul confirmă criticile formulate prin prima contestație cu privire la încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației sale de a asigura acces neîngrădit la dosarul achiziției și restricționarea accesului său la informații care nu sunt protejate și care sunt esențiale pentru exercitarea dreptului său legitim la apărare.

Arată în acest sens, că, în data 12.06.2024, cu ocazia studierii dosarului constituit la Consiliu, i-au fost puse la dispoziție un volum semnificativ de documente (în format electronic acestea au o dimensiune mai mare de 403 MB, conținând 281 de fișiere), documente care conțin informații esențiale pentru exercitarea dreptului său legitim de a formula o cale de atac eficientă împotriva rezultatului procedurii.

În acest context, reiterează că, contrar susținerilor intervenientei din concluziile scrise formulate în data de 21.06.2024, în acord cu

jurisprudența CJUE, având valoare de izvor de drept, respectiv Hotărârea din 17 noiembrie 2022, pronunțată în Cauza C-54/21:

- revine Consiliului, în calitate de instanță națională, *„sarcina de a asigura remedierea oricărei încălcări eventual constatate a dreptului la o cale de atac efectivă”*, prin neacordarea accesului la informații care în mod eronat au fost calificate drept confidențiale.

- revine Consiliului, în calitate de instanță națională, sarcina de a lua, în cursul procedurii de soluționare a contestației, *„măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă”*.

- în eventualitatea în care s-ar aprecia că prevederile legale aplicabile activității administrativ jurisdicționale nu ar permite Consiliului să dispună, în cursul procedurii de soluționare a contestației, *„măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă”*, Consiliul trebuie *„fie să anuleze această decizie de atribuire, fie să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate”*.

- în orice circumstanță, termenul pentru formularea de critici cu privire la decizia de atribuire nu poate începe să curgă *„decât de la momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care fuseseră calificate în mod eronat drept confidențiale”*.

Față de cele precizate, solicită Consiliului să rețină următoarele:

(i) Documentele din cadrul dosarului constituit la Consiliul confirmă criticile sale formulate prin contestație cu privire la încălcarea de către autoritatea contractantă a obligației sale de a asigura acces neîngrădit la dosarul achiziției și restricționarea accesului la informații care nu sunt protejate și care sunt esențiale pentru exercitarea dreptului nostru legitim la apărare.

În data 12.06.2024, cu ocazia studierii dosarului constituit la Consiliu, a avut acces, pentru prima dată, la unele documente din ofertele celorlalți ofertanți, precum și la documentele emise de autoritatea contractantă în decursul evaluării ofertelor depuse în procedură, astfel încât abia de la această dată a avut acces la ansamblul informațiilor pe care s-a întemeiat decizia privind rezultatul procedurii.

(ii) Termenul pentru formularea de critici cu privire la actele emise de autoritatea contractantă pentru stabilirea rezultatului procedurii se impune a fi calculat începând de la data la care a luat cunoștință de ansamblul informațiilor declarate în mod eronat drept confidențiale.

Menționează că, având în vedere că a luat cunoștință de ansamblul informațiilor declarate în mod eronat drept confidențiale de către autoritatea contractantă în data de 12.06.2024, în acord cu cele statuate de CJUE în Cauza C-54/21, termenul pentru formularea de critici cu privire

la actele emise de achizitoare pentru stabilirea rezultatului procedurii se impune a fi calculat de la această dată, acest termen împlinindu-se în data de 25.06.2024.

În consecință, solicită Consiliului, să admită cererea sa de repunere în termenul de formulare a motivelor de contestație/contestației, termen care a început să curgă de la data luării la cunoștință informațiile declarate în mod eronat drept confidențiale de către autoritatea contractantă.

În subsidiar, solicită calificarea acestor completări și precizări la contestație, drept o nouă contestație.

(iii) În subsidiar, în măsura în care Consiliul ar aprecia că nu este posibilă repunerea sa în termenul de formulare a motivelor de contestație sau că nu curge un nou termen pentru formularea unei noi contestații, se impune anularea rezultatului procedurii

II. Nelegalitatea rezultatului evaluării celorlalte oferte depuse în procedură:

După cum petenta arată în continuare, din documentele existente la dosarul constituit la Consiliu, rezultă că autoritatea contractantă a evaluat în mod netemeinic și nelegal celelalte oferte depuse în procedură, declarându-le, în mod neîntemeiat, ca fiind conforme, în condițiile în care aceasta a fost sesizată chiar de către expertul extern cooptat de existența unor flagrante neconformități în cuprinsul celor două oferte.

Mai mult din modalitatea de evaluare a celorlalte două oferte depuse în procedură, rezultă grava încălcare de către autoritatea contractantă a principiului tratamentului egal, aceasta permițând respectivilor ofertanți să-și precizeze și completeze oferta în condiții mai puțin restrictive decât condițiile excesiv de formaliste, disproporționate, aplicate ofertei sale.

În concret:

II.1. Oferta SRL este neconformă:

Din documentele existente în dosarul constituit la Consiliu rezultă că ofertantul a inclus în oferta sa un autobuz cu o înălțime 2358 mm, înălțime care este mai mare decât înălțimea maximă de 2100 mm, solicitată prin documentația de atribuire.

În acest sens arată că, potrivit prevederilor documentației de atribuire a procedurii - Anexa 2 - Centralizator parametri tehnici minimali și maximali, s-au impus următorii parametri minimi și maximi:

Parametru	Descriere	Valoare	U.M.
Dimensiuni	Lungime (minim)	11.500	mm
	Lungime (maxim)	12.500	mm
	Lățime fără oglinzi exterioare (maxim)	2.550	mm
	Înălțime (maxim)	3.600	mm
	Înălțime compartiment pasageri (maxim)	2.100	mm

Cu toate acestea, prin oferta sa, ... SRL a propus o înălțime a compartimentului de pasageri de 2358 mm, înălțime reconfirmată de ofertant prin răspunsul său la solicitarea de clarificare a acestei diferențe, transmisă prin adresa nr. 622/01.02.2024 (după cum rezultă din procesul verbal de evaluare nr. 13).

Deși înălțimea compartimentului pentru pasageri depășește în mod flagrant înălțimea maximă impusă prin caietul de sarcini al procedurii prin

răspunsul său la solicitarea de clarificări acest ofertant a încercat să susțină că în esență că:

- parametrul propus prin oferta sa ar fi unul superior deoarece ar prezenta avantaje sub aspect funcțional și ergonomic pentru pasageri;
- acest parametru ar respecta caracteristicile reglementate prin Regulamentul nr. 107 privind omologarea vehiculelor din categoriile M2 sau M3;
- documentația de atribuire a procedurii nu ar defini caracteristica „înălțime compartiment pasageri” motiv pentru care SRL a considerat că autoritatea contractantă asimilează această caracteristică cu „înălțimea culoarului”.

Luând în considerare aceste explicații ale ofertantului, însă constatând că documentația de atribuire impune o înălțime maximă a compartimentului pentru călători, contrar celor susținute de SRL, expertul extern cooptat a constatat, în mod temeinic și legal, în cadrul Raportului său privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și după caz cu factorii de evaluare, neîndeplinirea acestei cerințe de către oferta SRL.

Totodată pe lângă constatarea neconformității acestei oferte cu cerințele din documentația de atribuire, expertul a notat în cadrul aceluiași raport, Raportul expertului extern cooptat, că:

“Acceptarea la ofertarea unui autobuz cu o înălțime mai mare față de cea solicitată reprezintă un volum mai mare în ceea ce privește asigurarea microclimatului pe timp de vară iarna respectiv a instalației de climatizare pentru salonul pasagerilor fapt ce reprezintă un dezavantaj important asupra consumului de energie electrică pentru încălzirea și răcirea aerului din habitacul autobuzului”.

După cum rezultă din procesul verbal de evaluare nr. 13, luând act de raportul expertului extern cooptat, însă ignorând concluziile esențiale și de necontestat ale acestuia, autoritatea contractantă:

- consideră că se impune solicitarea de clarificări suplimentare ofertantului SRL în sensul lămuririi de către acestuia a dezavantajului menționat cu caracter exemplificativ de către expertul extern cooptat,

iar

- față de răspunsul acestui ofertant potrivit căruia:

“clarificăm prin prezenta că autonomia autobuzului ofertat în condiții reale a fost calculată pentru dimensiunile ofertate așa cum se regăsesc în certificatele de omologare atașate la ofertă iar instalațiile de încălzire și climatizare sunt dimensionate pentru a asigura condițiile de mediu solicitate prin caietul de sarcini”,

reține acest răspuns ca fiind concludent și consideră cerința ca fiind îndeplinită, fără a se putea distinge, în mod clar, care au fost motivele pentru care a fost ignorată cerința minimă obligatorie a caietului de sarcini.

În acest context, solicită Consiliului să rețină că, în contradicție cu cele susținute de ofertantul SRL prin răspunsul său la solicitarea de

clarificări a ofertei sale, documentația de atribuire a impus un parametru maxim privind înălțimea compartimentului pentru pasageri.

Faptul că acest parametru este maxim, rezultă nu numai din precizarea expresă menționată în documentația de atribuire, dar și prin comparare cu modalitatea de formulare a celorlalți parametri în cazul cărora autoritatea contractantă a precizat în mod clar expres și neechivoc dacă valoarea respectivă este minimă sau maximă.

La impunerea acestui parametru, achizitoarea a avut probabil în vedere propria viziune asupra satisfacerii necesităților sale, relevant în această etapă a procedurii fiind faptul că acest parametru nu a fost supus unor clarificări sau unor proceduri de contestare consolidându-se și devenind obligatoriu atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

Prin urmare, raportat la dezavantajul menționat de expertul cooptat prin raportul său, este irelevant dacă ofertantul a implementat o soluție care să înlăture sau nu acest dezavantaj, precum este irelevant dacă acest dezavantaj există sau care este ponderea acestuia față de alte avantaje, în această etapă prezentarea acestuia de către expert având doar caracter ilustrativ, din motiv ce cerința în discuție nu mai poate fi modificată.

În acest context, în mod nelegal și cu încălcarea principiului tratamentului egal, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului SRL cu privire la modalitatea de tratare de către acesta a dezavantajului invocat ilustrativ de către expertul extern cooptat, din moment ce achizitoarea este ținută de propriile cerințe, nemaiavănd dreptul, în această etapă a procedurii să renegocieze cerințele caietului de sarcini, respectiv să ignore nerespectarea de către una dintre oferte a unei asemenea cerințe obligatorii, chiar dacă ar fi convinsă că „ignorarea” respectivei cerințe i-ar fi permis să obțină o caracteristică superioară (oricum nedovedită în cauză, doar declarată de ofertant).

În acest sens, arată că, principiul tratamentului egal este un principiu fundamental al atribuirii contractului de achiziție publică, importanța sa deosebită fiind reținută în mod constant în jurisprudența CJUE. Cu titlu ilustrativ, redă considerentele de referință ale CJUE, cum ar fi: Cauza C-42/13 și Cauza C131/16.

Față de cele mai sus expuse, solicită Consiliului să rețină că, în mod temeinic și nelegal, a considerat autoritatea contractantă că oferta SRL respectă cerințele caietului de sarcini din moment ce, în mod evident și necontestat de către acest ofertant, prin oferta sa, acesta a propus pentru cerința „înălțime compartiment pasageri” o înălțime mai mare decât înălțimea maximă solicitată prin documentația de atribuire.

Totodată, procedând în acest mod, autoritatea contractantă a încălcat în mod grav principiul tratamentului egal evaluând oferta SRL după alte criterii decât cele incluse în documentația de atribuire.

II.2. Oferta sp. A. o. o este neconformă:

Din documentele existente în dosarul constituit la Consiliu, consideră că ofertantul sp. A. o. o a inclus în oferta sa pentru cerința timp de ridicare coborâre în poziția repaus un parametru inferior celui solicitat prin

documentația de atribuire, respectiv 15 secunde în condițiile în care prin documentația de atribuire s-au solicitat maxim 10 secunde.

Mai mult, autoritatea contractantă a creat un avantaj necuvenit acestui ofertant permițându-i ca, pe calea unui al doilea răspuns la solicitarea de clarificări, să își modifice oferta într-o manieră de natură să susținere depunerea unei noi oferte.

În acest sens, arată că, potrivit prevederilor caietului de sarcini s-a solicitat:

"Specificații minimale ale sistemul de încărcare rapidă (soluția tehnică: pantograf inversat instalat pe stația de încărcare): (...) Timp de ridicare/coborâre (în poziția repaus): maxim 10 secunde; (...)."

După cum rezultă din procesul verbal de evaluare nr. 13, deoarece din fișa tehnică prezentată nu reieșea acest parametru (deci această informație nu exista în ofertă, deși era solicitată prin documentația de atribuire), au fost solicitate sp. A. o. o clarificare, acesta răspunzând prin adresa numărul 467/25.01.2024, după cum urmează:

"Timpul de coborâre ridicare al elementului de conectare al stației de încărcare rapidă ofertată este de 15 secunde."

Față de acest răspuns clar al ofertantului, în mod temeinic și legal, expertul cooptat a reținut, în raportul său, neîndeplinirea acestei cerințe a caietului de sarcini de către oferta sp. A. o. o.

Cu toate acestea, în contradicție flagrantă cu tratamentul aplicat ofertei SRL, autoritatea contractantă înțelege să formuleze o a doua solicitare de clarificări prin care îi reamintește ofertantului cerința din caietul de sarcini și îl mai întreabă, încă o dată, cum este îndeplinită această cerință.

Față de această a doua solicitare de clarificări, ... sp. A. o. o a răspuns, astfel:

"Ne cerem scuze pentru informația parțială transmisă anterior. Pantograful ofertat poate fi setat în mai multe moduri. În modul standard timpul de ridicare/coborâre este cel specificat anterior însă avem confirmarea producătorului echipamentului ca timpul de ridicare/coborâre poate fi setat sub 10 secunde fără a afecta alți parametri ai acestuia. Echipamentul livrat va fi setat conform specificațiilor caietului de sarcini."

Luând act de acest răspuns, comisia de evaluare îl consideră concludent reținând că acesta nu este susceptibil de a produce un avantaj incorrect în raport cu ceilalți participanți la procedură, deoarece acesta ar reprezenta îndreptarea unui viciu de formă.

Contrar celor reținute de autoritatea contractantă, solicită Consiliului să rețină că autoritatea contractantă a depășit limitele principiului proporționalității și ale principiului tratamentului egal prin solicitarea subsecventă de clarificări acestui ofertant, chiar în condițiile în care prin

răspunsul acestuia rezultă, în mod clar complet și neechivoc, neconformitatea ofertei sale cu cerințele caietului de sarcini.

Or, principiul proporționalității și obligația autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la o ofertă nu pot fi extinse de asemenea manieră încât să permită unui ofertant să își clarifice în mod succesiv oferta până când nimerește răspunsul potrivit. În concret, în cazul de față fiind confruntată cu un răspuns clar al ofertantului, care este de altfel reconfirmat de acesta prin răspunsul la cea de a doua solicitare de clarificări, în care sp. A. o. o declară că parametrul „standard” este cel menționat în primul răspuns la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă trebuia să facă aplicarea prevederilor art. 134 alin. (5) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 și să dispună respingerea acestei oferte ca inacceptabile, respectiv neconforme, petenta redând din prevederile menționate.

Or, răspunsul transmis de sp. A. o. o a fost clar și neechivoc în sensul că *„Timpul de coborâre ridicare al elementului de conectare al stației de încărcare rapidă ofertată este de 15 secunde.”*, neexistând niciun alt element de clarificat cu privire la îndeplinirea acestei cerințe.

În acest context, prin formularea celei de a 2-a solicitări de clarificare, autoritatea contractantă a creat un avantaj necuvenit acestui ofertant, permițându-i să își completeze în mod substanțial oferta, modificând inclusiv răspunsul inițial prin declarația care, din documentele la care a avut acces, consideră că nici măcar nu este dovedită, potrivit căreia ar exista o confirmare din partea producătorului privind opțiunea setării diferite a acestui parametru pentru produsele care vor fi livrate.

Or, o asemenea specificație tehnică, dacă ar fi existat, ar fi trebuit în primul rând să fie inclusă în oferta tehnică depusă sau precizată cel mai târziu la data solicitării de clarificări ofertei. Revenirea cu un al doilea răspuns, în contextul favorabil creat de autoritatea contractantă, prin care se invocă, din nou o altă omisiune (după ce oferta inițială era incompletă, prin nementionarea acestui parametru, pare că și clarificarea acesteia a fost incompletă - chiar sub aspectul îndeplinirii cerinței), este de natură să permită acestui ofertant modificarea ofertei pe parcursul procesului de evaluare, conduită incompatibilă cu principiul egalității de tratament, precum și contrară principiului transparenței și legalității.

În acest sens, invocă Hotărârea din data de 11 mai 2017 pronunțată în Cauza C-131/16, Curtea a statuat următoarele reguli ce se impun a fi avut în vedere, cu efect obligatoriu, de către instanțele naționale:

- Principiile egalității de tratament și al transparenței nu permit modificarea unei oferte după depunerea sa, nici la inițiativa autorității contractante nici la cea a ofertantului;
- Deși principiul egalității de tratament nu se opune completării sau corectării punctuale a unei oferte, o asemenea completare sau corectare punctuală nu poate fi realizată decât în cazul unei erori materiale evidente și nu numai în anumite condiții;
- În nicio circumstanță o cerere de clarificare sau completare punctuală a unei oferte nu trebuie să conducă la depunerea unei noi oferte;

- Totodată, o ofertă nu poate fi clarificată sau corectată decât cu titlu de excepție, pentru a înlătura erori materiale vădite și numai în măsura în care completările sau corectările aduse ofertei inițiale nu conduc la modificarea acesteia în mod substanțial.

Or, prin raportare la reperele stabilite de CJUE, acțiunea autorității contractante de a solicita clarificări acestui ofertant, în condițiile în care răspunsul acestuia era clar complet și neechivoc, în sensul neîndeplinirii cerinței din documentația de atribuire, este de natură să creeze acestuia un avantaj necuvenit, prin cel de al doilea răspuns de clarificări acesta aducând completări care sunt de natură încât să constituie, în realitate, o nouă ofertă.

Prin urmare, față de cele mai sus menționate, solicită Consiliului să rețină că în mod netemeinic și nelegal a transmis achizitoarea cea de a doua solicitare de clarificări mai sus referită, prin această conduită fiind creat societății sp. A. o. o un avantaj necuvenit și fiindu-i permis acestuia să depună, în realitate, o nouă ofertă.

Pentru motivele mai sus expuse, solicită obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sp. A. o. o cu luarea în considerare a celor mai sus menționate respectiv cu neluarea în considerare a răspunsului acestuia la cea de a doua solicitare de clarificări adresată de autoritatea contractantă cu privire la cerința mai sus invocată.

III. Nerespectarea principiului tratamentului egal în evaluarea ofertei SRL:

După cum a anticipat și prin concluziile scrise, din documentele existente în dosarul constituit la Consiliu, rezultă că evaluarea oferte sale s-a realizat cu grava încălcare a principiului tratamentului egal, autoritatea contractantă aplicând ofertei sale criterii de evaluare diferite față de cele aplicabile celorlalți ofertanți.

Fără a relua în detaliu situația de fapt aplicabilă în cauză, reiterează că oferta sa a fost calificată ca neconformă din următoarele considerente:

a) a depus toate documentele solicitate de autoritatea contractantă, cu omisiunea de a menționa în cadrul Formularului 4 asociatul unic al societății;

b) terțul susținător a omis depunerea Formularului 4, omisiune considerată în mod eronat de către autoritatea contractantă drept motiv de respingere a ofertei chiar și în condițiile în care declarațiile cuprinse în cadrul acestui formular se regăseau în cuprinsul DUAE.

În acest sens, reiterează că, a depus în cadrul ofertei, DUAE completat și asumat de terțul susținător prin care, în cadrul secțiunii „C: *MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI*

PROFESIONALE", acesta a declarat, clar, expres și neechivoc, că nu se încadrează în nicio situație de „*Conflict de interese care decurge din participarea la procedura de achiziții publice*”.

Practic, autoritatea contractantă a respins oferta sa, deoarece pentru terțul susținător nu a fost prezentată de două ori aceeași declarație.

Prin urmare, deși nu a fost identificată nicio cauză de excludere din procedură a ofertei sale, iar achizitoarea nu a fost împiedicată să verifice declarațiile sale din respectivele formulare, declarații care puteau fi oricând confirmată din surse publice la care autoritatea contractantă a avut oricum acces, oferta sa a fost respinsă pentru omisiuni minore prin raportare la anumită formulare solicitate prin documentația de atribuire, fără solicitarea niciunei clarificări.

În contradicție cu modalitatea de evaluare a ofertei, după cum a arătat și prin concluziile scrise precum și mai sus, contestatoarea precizează că, ofertele celorlalți doi ofertanți au fost evaluate mult mai permisiv, acestora fiindu-le adresate repetitiv solicitări de clarificări și fiindu-le chiar permisă completarea și chiar modificarea substanțială a ofertei.

În concret:

- în ceea ce privește oferta SRL:

Prin răspunsul formulat la solicitarea de clarificare nr. 56/12843 din 22.01.2024, și-a completat oferta cu informații care trebuiau să fie incluse în cuprinsul acesteia.

Astfel, deși acest ofertant a omis includerea în oferta sa a unor documente și informații care erau solicitate prin caietul de sarcini, pentru prezentarea ofertei sale tehnice, și care nu pot fi incluse în categoria viciilor de formă (fiind informații care emană strict de la ofertant și care nu pot fi verificate prin compararea cu baza de date publice, respectiv cu alte declarații deja incluse în ofertă, cum este cazul ofertei SRL), acestuia i-a fost permisă completarea ofertei, creându-se acestuia un astfel avantaj necuvenit.

Mai mult, acestui ofertant i-au fost solicitate clarificări care au impus prezentarea de documente și informații omise din oferta sa și cu privire la:

- *"tipul de ferestre laterale ale compartimentului pentru călători așa cum apar menționate la punctele 23, 31 și 32 din Anexa 1 - Centralizator tehnic ce aparține de Formularul de propunere tehnică solicitat prin documentația de atribuire",*

solicitare transmisă prin adresa nr. 400/22.01.2024, iar răspunsul ofertantului a presupus transmiterea de informații și documente noi, inexistente în oferta sa; cu toate acestea, acesta a fost considerat concludent, achizitoarea încadrându-l în categoria viciilor de formă;

- *"Va solicităm să precizați pentru Stațiile de încărcare rapidă ofertate care este timpul de ridicare/coborâre (în poziția repaus), acesta fiind solicitat prin caietul de sarcini la punctul 3.3.1.2 Condiții tehnice eliminarii ale sistemelor de alimentare cu energie electrică pentru acționarea autobuzului cu tracțiune electrică 3.3.1.2.1 Sisteme de încărcare, întrucât nu reiese din fișa tehnică prezentată acest parametru",*

solicitare transmisă prin adresa nr. 400/22.01.2024; deși în mod evident informația cu privire la care s-a solicitat clarificarea nu exista în oferta tehnică a SRL, achizitoarea a considerat și acest răspuns concludent, încadrându-l în categoria viciilor de formă;

- în ceea ce privește oferta sp. A. o. o:

După cum a arătat și mai sus, contestatoarea arată în primul rând că, autoritatea contractantă a permis acestui ofertant să își modifice, în mod nepermis, oferta tehnică, de natură să conducă la depunerea unei noi oferte.

Totodată, acestui ofertant i-au fost solicitate clarificări care au impus prezentarea de documente și informații omise din oferta sa și cu privire la:

- *"capacitatea de înmagazinare a energiei electrice",*

solicitare transmisă prin adresa nr. 399/22.01.2024, iar răspunsul ofertantului a presupus corectarea unor informații existente în ofertă, cu toate acestea acesta a fost considerat concludent, autoritatea contractantă încadrându-l în categoria viciilor de formă;

- *"tipul de ferestre laterale ale compartimentului pentru călători așa cum apar menționate la punctele 23, 31 și 32 din Anexa 1 - Centralizator tehnic ce aparține de Formularul de propunere tehnică solicitat prin documentația de atribuire",*

solicitare transmisă prin adresa nr. 399/22.01.2024, iar răspunsul ofertantului a presupus transmiterea de informații și documente noi, inexistente în oferta sa, cu toate acestea, acesta a fost considerat concludent, autoritatea contractantă încadrându-l în categoria viciilor de formă.

- *"În lista de piese de schimb indicată la punctul 54 din Anexa 1 - Centralizator tehnic ce aparține de Formularul de propunere tehnică solicitat prin documentația de atribuire nu se regăsesc prețurile pentru următoarele piese de schimb și subansamble de schimb ale autobuzelor electrice: elemente de tracțiune și de frânare. Vă solicităm să clarificați acest aspect",*

solicitare transmisă prin adresa nr. 399/22.01.2024, iar deși răspunsul ofertantului a presupus transmiterea de informații și documente noi, inexistente în oferta sa, acesta a fost considerat concludent, autoritatea contractantă încadrându-l în categoria viciilor de formă.

Față de cele menționate, solicită Consiliului să rețină că, în cazul celorlalte oferte, achizițoarea a acceptat prezentarea de către ofertanți a unor documente și informații care erau solicitate prin caietul de sarcini, și care nu au fost incluse în cadrul ofertelor, solicitând clarificări succesive ale acestora, de natură să creeze avantaje necuvenite respectivilor ofertanți.

În contradicție cu această modalitate de evaluare a respectivelor oferte, în cazul ofertei sale, autoritatea contractantă a decis respingerea acesteia fără o minimă diligență de clarificare, pentru omisiuni minore de informații și declarații care se regăseau oricum, sub altă formă, în documentația de atribuire și puteau fi ușor confirmate din bazele de date publice, la care autoritatea contractantă a și avut acces.

Această modalitate de evaluare a ofertei intervenientei și a ofertei sp. A. o. o, este în vădită contradicție cu modalitatea de evaluarea ofertei

sale, fiind evidentă încălcarea principiului tratamentului egal din moment ce, cu privire la această ofertă, achizitoarea nu numai că nu a dat dovadă de aceeași „rigoare” excesivă în evaluare, ci, mai mult, chiar a permis acestor ofertanți să-și completeze oferta în mod nelegal, creându-i un avantaj incorrect.

Prin urmare, solicită Consiliului să rețină că în mod nelegal, respectiv cu grava încălcare a principiului proporționalității și a principiului tratamentului egal, achizitoarea a decis să respingă oferta sa pentru omisiunea unor informații care fie se regăseau în altă formă în oferta sa, fie puteau fi oricând verificate prin consultarea bazelor de date publice, solicitarea clarificării acestora neputând avea decât un rol pur de confirmare.

În subsidiar, în măsura în care Consiliul ar aprecia că nu ar fi fost posibilă clarificarea ofertei sale, solicită ca, prin aplicarea principiului tratamentului egal, să dispună obligarea autorității contractante la reevaluarea tuturor celorlalte oferte din cadrul procedurii, inclusiv oferta intervenientei și a sp. A. o. o, prin raportare la aceleași repere aplicabile ofertei sale, respectiv prin anularea solicitărilor de clarificări cu privire la informații și documente solicitate prin documentația de atribuire și care nu se regăseau în ofertele inițiale ale acestora.

Față de cele mai sus expuse, solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și completată și precizată, în termen legal, pe calea prezentelor completări și precizări.

..... SRL, ca urmare a completării contestației, transmisă prin e-mail și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40045/26.06.2024, formulată de SRL, a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. /01.07.2024, fiind încadrată ca și cerere de intervenție, în cadrul aceleiași proceduri, la dosarul 2213/2024, prin care se solicită:

(i) respingerea noilor critici formulate pe calea completării din 25.06.2024 ca fiind tardive și inadmisibile, fiind formulate în afara termenului prevăzut de art. 8 din Legea 101/2016 și în contradicție cu dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stabilesc imposibilitatea formulării unor critici noi pe calea precizărilor la contestație;

(ii) respingerea contestației SRL ca nefondată și menținerea comunicării rezultatului procedurii, a raportului procedurii, precum și a tuturor actelor subsecvente, în sensul declarării ofertei SRL drept neconformă, și a ofertei sale drept conformă și câștigătoare;

(iii) în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia că noile critici formulate pe calea completării din 25.06.2024 sunt admisibile în acest stadiu al litigiului în fața CNSC, respingerea criticilor formulate împotriva ofertei sale ca neîntemeiate.

Precizează motivele privind:

1. Inadmisibilitatea/tardivitatea motivelor noi:

Contestatoarea modifică obiectul și cauza contestației (inițiale) prin formularea tardivă a unor motive noi. Anticipând cumva inadmisibilitatea/tardivitatea motivelor noi, ... SRL încearcă să le denumească „precizări

și completări", deși în realitate vorbim despre o veritabilă contestație (nouă).

În primul rând, contestatoarea nu-și fundamentează cererea pe niciun text de lege, încercând, în mod fraudulos, să extindă motivele contestației inițiale.

În al doilea rând, invocând prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, arată că legiuitorul a prevăzut expres interdicția de a modifica și completa contestația formulată deja. SRL încearcă să eludeze aceste dispoziții legale imperative și să adauge motive noi.

Art. 8 din Legea nr. 101/2016 stabilește în mod clar și limitativ care sunt termenele de formulare a contestației. Orice critică care nu a fost formulată înăuntrul termenelor este tardivă, neputând fi primită de către Consiliu.

De altfel, invocă jurisprudența CNSC.

Pe lângă încălcarea dispozițiilor legale citate supra, ... SRL încearcă să profite de acest „artificiu juridic” și pentru a eluda dispozițiile imperative ale art. 611 din Legea nr. 101/2016, care prevăd obligația constituirii unei cauțiuni.

Cu alte cuvinte, dacă SRL ar fi formulat o contestație nouă, aceasta era obligată să consemneze o cauțiune. Pentru a ocoli această obligație, contestatoarea încearcă să pună sub umbrela primei contestații „precizări și completări”, care în realitate sunt veritabile motive noi ce nu mai pot fi primite în cadrul acestui dosar.

Mergând mai departe, așa cum a semnalat și pe calea concluziilor scrise, contestatoarea face niște confuzii între dreptul la o cale de atac efectivă, termenul în care trebuie exercitat dreptul, repunerea în termen, etc. Această confuzie este cu atât mai regretabilă cu cât SRL beneficiază de asistență juridică calificată.

CJUE nu a reținut niciodată în jurisprudența sa că persoana vătămată nu trebuie să respecte termenele de formulare a căilor de atac și că nu ar trebuie să se conformeze regulilor procedurale de formulare a căilor de atac. Simpla citare a unor decizii CJUE cu privire la noțiuni teoretice nu autorizează SRL să formuleze „precizări și completări”.

Contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor (de fond și de formă) prevăzute de lege, trebuie motivată în drept și în fapt, contestatorul neputând solicita un control abstract al procedurii de atribuire.

Repunerea în termen presupune o situație premisă obligatorie: termenul a început să curgă și s-a împlinit, iar titularul dreptului nu și-a exercitat dreptul în termen din cauza unor motive temeinic justificate.

Or, ... SRL se contrazice flagrant: într-o primă fază se susține, citând jurisprudența CJUE, că începe să curgă un termen nou de la data accesului la dosar (ceea ce, în mod logic înseamnă că nu a curs și nu s-a împlinit niciun termen pentru a cere repunerea în termen), iar ulterior susține repunerea în termen întemeiată pe art. 186 C. proc. civ.

În concluzie, solicită respingerea ca inadmisibile/tardive a motivelor noi de contestație, petenta neavând dreptul de a completa contestația inițială. Legea nr. 101/2016 interzice expres formularea unor motive noi peste termenul legal de formulare a acestora. Indiferent de sancțiunea ce se va reține, motivele noi nu pot fi primite în cadrul prezentului dosar.

Cererea de repunere în termen este vădit neîntemeiată, nefiind îndeplinite condițiile art. 186 C. proc. civ. Cerere de repunere în termen nu se confundă cu curgerea unui nou termen, ci vizează niște motive externe care împiedică partea să exercite dreptul în termen, motive care nu există și nu au fost dovedite în speță.

În măsura în care contestatoarea voia să introducă motive noi, trebuia să le formuleze în cuprinsul contestației inițiale cu respectarea termenului legal) sau să formuleze o contestație nouă cu respectarea termenului legal.

De altfel, deși contestatoarea se întemeiază pe Cauza C-54/21, nu urmează dezlegările CJUE, în sensul că nu formulează o contestație nouă (instanța de la Luxemburg vorbește despre o cale nouă de atac, nu despre precizări sau completări).

Faptul că legislația națională permite conexarea contestațiilor nu înseamnă că persoana considerată vătămată nu ar trebui să respecte termenele, condițiile și cerințele privind formularea contestației. Conexarea este un caz de prorogare legală a competenței în vederea asigurării unei bune judecăți.

Cererea formulată de petentă nu este altceva decât o încercare abuzivă de eludare a dispozițiilor naționale cu privire la depunerea cauțiunii aferente fiecărei contestații. De altfel, în jurisprudența CNSC s-a reținut că neconstituirea cauțiunii în condițiile legii atrage respingerea contestației, fiind vorba despre o condiție extrinsecă, de procedură, care împiedică soluționarea pe fond a contestației.

Prin urmare, în situația puțin probabilă în care „precizările și completările” petentei ar fi calificate ca o contestație nouă, solicită Consiliului să constate că nu a fost constituită cauțiunea prevăzută de 61¹ din Legea nr. 101/2016 și, în consecință, să respingă contestația.

2. Cererea contestatoarei de anulare a procedurii:

În primul rând, semnalează că SRL nu a formulat această solicitare prin contestația inițială și nici nu a respectat termenul prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Simpla nemulțumire a petentei în raport cu rezultatul procedurii nu poate determina anularea procedurii de atribuire. Totodată, faptul că nu este incidentă instituția repunerii în termen și/sau că repunerea în termen este neîntemeiată nu justifică anularea procedurii.

Respingerea cererii de repunere în termen nu constituie în niciun caz motiv de anulare a procedurii, ci doar un remediu procedural pus la dispoziție pentru situația în care dreptul nu a fost exercitat în termen.

Cu riscul de a se repeta, dreptul la o cale de atac efectivă nu presupune încălcarea termenului de exercitare a căilor de atac.

..... SRL a avut posibilitatea formulării unei contestații. Faptul că încearcă să introducă tardiv motive noi, despre care știe că sunt inadmisibile, nu justifică anularea procedurii.

De altfel, nici CJUE nu autorizează anularea procedurii pentru simplu fapt că nu sunt respectate condițiile procedurale/extrinseci de formulare a contestației.

3. Pretinsa neconformitate a ofertei SRL:

În subsidiar, în măsura în care Consiliul va aprecia că noile critici ale alte petentei împotriva ofertei asocierii pe care o reprezintă, formulate pe calea completării din 25.06.2024, sunt admisibile în acest stadiu al litigiului, solicită Consiliului să observe că acestea sunt neîntemeiate și contrazic flagrant reglementările europene în materie, obligatorii pentru toți producătorii de autobuze ale căror vehicule sunt omologate în Uniunea Europeană.

Precizează, cu titlu general, că aspectele prezentate de către contestatoare în susținerea unei preținse neconformități a ofertei SRL, sunt speculative, prezentate în afara contextului, cu scopul de forma o imagine alterată cu privire la corectitudinea procesului de evaluare.

Argumentele tehnice și funcționale care stau la baza cerințelor din caietul de sarcini sunt în concordanță cu *Strategia de contractare* a achiziției care are ca primă etapă de implementare întocmirea documentației de atribuire. Stabilirea conformității unei oferte cu cerințele din documentația de atribuire este în atribuțiile și responsabilitatea comisiei de evaluare și acestea nu pot fi substituite de un expert tehnic cooptat prin simplul fapt că exprimă o opinie cu titlu exemplificativ pe parcursul procesului de evaluare.

În concret, cu privire la parametrii de dimensiuni solicitați pentru autobuzul care urmează a fi achiziționat, dimensiunile exterioare (înălțime maxim 3.600 mm, lungime maxim 12.500 mm, lățime maxim 2.550) au valori maxime dictate de normativele obligatorii pentru circulația pe drumurile publice precum și de infrastructura stradală din aria de utilizare, deci factori externi, pe când înălțimea în interior a compartimentului de pasageri este un parametru exclusiv de natură ergonomică, a cărui singură limitare este de minim 1900 mm, în conformitate cu Regulamentul I nr. 107 al Comisiei Economice pentru Europa a Organizației Națiunilor Unite (CEE- ONU) - Dispoziții uniforme privind omologarea vehiculelor din categoriile M2 sau M3 în ceea ce privește construcția generală a acestora, 2015/922 și care poate avea orice valoare posibilă constructiv peste 1900

mm, dar fără a se depăși înălțimea maximă exterioară ofertată de SRL, având valoarea de 3.220 mm.

Din această perspectivă, valoarea de 2.358 mm ofertată de SRL este indubitabil o caracteristică superioară/un produs superior, aspect înțeles și confirmat de către comisia de evaluare.

Argumentul speculativ al expertului cooptat, care exemplifică, dar nu argumentează tehnic presupusele dezavantaje ale unui culoar de deplasare pentru pasageri mai înalt și mai ergonomic, privind posibilul consum suplimentar datorită climatizării unui volum mai mare de aer (de maxim 12%), omite să considere că valoarea consumului pentru climatizare este în mod esențial dictată de numărul de pasageri, după cum a și explicat în clarificările referite, iar volumul suplimentar de aer îmbunătățește eficiența climatizării în special la orele de vârf și reduce corespunzător pierderea de aer climatizat în exterior la deschiderea ușilor.

Apreciază ca fiind corectă decizia autorității de a formula o nouă întrebare de clarificare urmare a exemplului invocat de expertul cooptat, dar nejustificat tehnic de către acesta, care i-a dat posibilitatea să aducă argumente suplimentare care demonstrează că structura constructivă internă propusă pentru culoarul de circulație al pasagerilor care are înălțimea de 2.358 mm nu afectează autonomia asumată prin oferta tehnică depusă.

Astfel, îngrijorarea expertului cooptat privind impactul negativ asupra autonomiei al înălțimii culoarului de trecere în picioare al pasagerilor de 2.358 mm în loc de 2.100 mm este nefondată și în niciun caz nu poate fi utilizată ca argument de neconformitate.

În consecință, argumentele contestatoarei au fost preluate în mod selectiv și cu ignorarea contextului tehnic și nu au la bază credința și interesul de a sancționa o potențială neconformitate.

Având în vedere că oferind o înălțime a culoarului de trecere în picioare a pasagerilor de 2.358 mm, nu a deteriorat niciunul din parametrii tehnici sau operaționali, dar are un avantaj cert de ergonomic, ceea ce înseamnă că, fără dubiu, oferta tehnică este pe deplin conformă cu cerințele și necesitățile autorității contractante.

4. Pretinsa nerespectare a tratamentului egal:

Cu titlu prealabil, semnalează schimbarea surprinzătoare de viziune a contestatoarei față de noțiunea de clarificare. Astfel, în cuprinsul contestației inițiale, aceasta susține că omisiunile (evidente și grave) ale acesteia erau doar simple erori materiale, în timp ce clarificările solicitate de la SRL și sp. A. o. o reprezintă „modificări și completări substanțiale”.

Totodată, petenta omite intenționat să menționeze că oferta acesteia a fost respinsă într-o etapă preliminară și nu a fost supusă evaluării tehnice și financiare.

Orice argumente ale contestatoarei în sensul că depunerea Formularului 4 nu ar fi fost necesară și/sau că cerința autorității contractante cu privire la acest formular impune o sarcină administrativă excesivă în sarcina ofertanților, se impun a fi respinse ca tardive. Contestatoarea nu mai poate formula la acest moment argumente cu

privire la pretinsa nelegalitate/disproporționalitate a cerințelor din documentația de atribuire. În lipsa unei contestații în termen de 10 zile de la data publicării documentației, aceasta a devenit obligatorie pentru toți ofertanții, aceștia fiind ținuti să respecte cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Spre deosebire de declarația generică din DUAЕ, în care ofertanții pot marca exclusiv cu „DA” sau „NU”, Formularul 4 (obligatoriu pentru toți ofertanții) vine în completarea câmpului relevant din DUAЕ. Formularul era menit să clarifice cazurile de conflict de interese reglementate de legislația din România, să informeze ofertanții în legătură cu identitatea persoanelor cu funcție de decizie din cadrul autorității contractante și să solicite detalii cu privire la identitatea asociaților/acționarilor și a membrilor în consiliul de administrație/conducere/supervizare.

Principiul egalității de tratament nu este aplicabil atunci când se află în prezența unor situații diferite. CEDO, CJUE, CCR și instanțele naționale au reținut constant că este admisibilă diferența de tratament pentru situații diferite.

Fără a susține existența unui tratament diferențiat între participanți, i subliniază că argumentul SRL este ab initio nefondat întrucât privește 2 situații diferite, respectiv cerințele privind participarea și cerințele privind oferta. Contestatoarea nu poate invoca o încălcare a egalității de tratament atât timp cât nu vorbește despre situații identice. În cazul SRL se vorbește despre o situație de excludere, nu despre evaluarea ofertelor.

Cu alte cuvinte, nu este îndeplinită situația premisă pentru a discuta un eventual tratament diferențiat între contestatoare și ceilalți participanți.

Mergând mai departe, precizează că nu și-a modificat sau completat oferta, ci doar a adus clarificări și lămuriri care să confirme informațiile și datele existente la dosar. Nu există niciun tratament preferențial față de SRL sau sp. A. o. o.

Cu privire la solicitarea de clarificare nr. 56/1283 din 22.01.2024, arată că aceasta a fost transmisă de către autoritatea contractantă în faza de evaluare a ofertelor tehnice, iar asocierea sa a transmis în termen, în mod complet și corespunzător, toate informațiile solicitate în mod explicit.

Prin răspunsul ofertantului la întrebarea nr. 6 din solicitarea de clarificare nr. 56/1283 din 22.01.2024, acesta a clarificat doar anumite informații, privind piesele de schimb, consumabilele și manopera de întreținere, pentru care a fost prezentată o estimare pentru o durată pe 8 ani, aspecte care sunt accesorii, neesențiale, nu impactează oferta financiară pentru că sunt estimări pe o durată care excedează perioadei

contractuale si sunt conexe obiectului principal a procedurii care este achiziția de autobuze electrice conform CPV 34144910-0 Autobuze electrice (Rev.2).

În oferta tehnică a asocierii au fost prezentate toate elementele esențiale privind modul de realizare a activității de întreținere și mentenanță planificată. Detalierea și lămurirea unor aspecte nu reprezintă în niciun caz modificarea ofertei. Chiar dacă prin absurd a considerat că sunt vorba despre „modificări”, acestea se încadrează în categoria viciilor de formă/abateri tehnice minore (art. 134 alin. (7) din HG 395/2016), fiind vorba despre niște precizări ale ofertei inițiale.

Cu privire la solicitarea nr. 400/22.01.2021 și aspectele enumerate de către contestatoare ca potențiale motive de inadmisibilitate a ofertei asocierii sale (i.e., clarificările formulate privind tipul de ferestre ofertate, timpul de ridicare/coborâre pentru stațiile de încărcare rapidă), reiterează faptul că în oferta tehnică depusă au fost prezentate toate elementele esențiale privind îndeplinirea acestor cerințe.

Cu privire la solicitarea privind ferestrele laterale, arată că nu a adăugat nicio informație și/sau document, ci a precizat îndeplinirea cerinței față de clarificările prin Răspunsul consolidat.

Cu privire la solicitarea privind timpul de ridicare/coborâre pentru stațiile de încărcare rapidă, ... SRL a confirmat asumarea termenului 10 secunde.

Astfel, consideră că nu se află în prezența unui tratament diferențiat între participanți. SRL doar încearcă să obțină o anulare a procedurii, omițând erorile culpabile și evidente care au dus la excluderea sa.

În primul rând, așa cum a menționat, nu se poate semnul egalității între condițiile de participare și evaluarea ofertelor, fiind vorba despre 2 etape distincte, cu condiții și finalități diferite. SRL nu a îndeplinit condiții și cerințe minime de calificare.

Chiar și așa, procedura de atribuire s-a realizat cu respectarea cerințelor legale, fiecare participant beneficiind de același tratament. Solicitarea unor clarificări (într-o etapă în care SRL nu s-a calificat) a fost făcut în conformitatea cu legea și cu respectarea ofertei inițiale.

Îndreptarea sau completarea unor vicii și erori formulare în cadrul evaluării tehnice a ofertelor nu constituie în niciun caz modificare ofertei inițiale.

Prin urmare, având în vedere argumentele și mențiunile de mai sus, precum și cele dezvoltate prin celelalte acte procedurale depuse de SRL, solicită respingerea cererilor, motivelor și apărărilor formulate pe calea contestației, precum și a concluziilor scrise și a completării din 25.06.2024 și, în consecință, respingerea contestației formulate și admiterea cererii sale de intervenție.

....., prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 42071/03.07.2024, a transmis punct de vedere, prin care solicită respingerea contestației înregistrată la CNSC sub nr. 40045/26.06.2024, dosar nr. 2213, și la autoritatea contractantă

sub nr. 56/81671/26.06.2024, formulată de către SRL, reiterând aspecte din punctul de vedere prezentat la dosarul 1778/2024, solicitând respingerea ca nefondată contestația formulată de SRL, inclusiv completările ulterioare, care nu vizează motivația și motivele respingerii ofertei sale.

..... SRL (lider al asocierii SRL – AS), prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 44498/15.07.2024, a transmis cerere de intervenție voluntară accesorie, prin care solicită admiterea în principiu și admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulate de SRL, în principal, ca tardivă și, în subsidiar, ca nefondată.

Intervenienta prezintă o scurtă prezentare a situației de fapt, precum și motive cu privire la admisibilitatea prezentei cereri de intervenție.

Totodată, aduce argumente cu privire la tardivitatea contestației subsecvente, susținând că CNSC a recalificat în mod nelegal documentul intitulat „Precizări și completări la contestație” ca fiind o nouă contestație, înregistrând astfel un dosar nou pe rolul său. De altfel, consideră că nu există nicio dispoziție legală care să autorizeze CNSC să recalifice și să înregistreze din oficiu completările și precizările ca o contestație nouă. De altfel, chiar SRL a precizat expres că documentul a fost formulat în dosarul nr. 1778/C11/204. Or în dosarul 1778/C11/2024, CNSC nu s-a pronunțat cu privire la cererea de recalificare.

Față de modul în care a acționat CNSC, ... SRL se află în imposibilitate de a efectua o apărare efectivă. Întrucât CNSC s-a pronunțat implicit asupra solicitărilor SRL din cadrul completărilor și precizărilor la contestația inițială, în sensul admiterii în principiu a noilor critici și recalificării acestora într-o contestație nouă ce face obiectul unui alt dosar, Consiliul creează o aparență de imparțialitate în favoarea contestatoarei. Or, principiul egalității de arme presupune ca părțile să nu fie avantajate, iar organul jurisdicțional să nu ia decizii aparent părtinitoare, fără să analizeze argumentele ambelor părți.

De altfel, și față de cererea de repunere în termen formulată de SRL, care reprezintă o confirmare a tardivității motivelor noi înregistrate în mod nelegal ca o contestație nouă, există o aparență că CNSC s-a antepronunțat, în sensul respingerii acesteia, având în vedere recalificarea realizată de CNSC și deschiderea unui nou dosar.

În realitate, intervenienta arată că acțiunile Consiliului nu au fundament legal, întrucât SRL nu a formulat o contestație nouă în conformitate cu dispozițiile legale, nu a respectat termenul prevăzut de art.

8 din Legea nr. 101/2016, „contestația” ce face obiectul prezentului dosar, înregistrată de CNSC ca rezultat al antepronunțării, fiind în realitate tardivă.

În continuare, intervenienta susține cu argumente conformitatea ofertei sale, reiterând motivele prezentate în adresa înregistrată la Consiliul cu nr. 40045/26.06.2024.

De altfel, fără a susține existența unui tratament diferențiat între participanți, subliniază că argumentul SRL este ab initio nefondat întrucât privește 2 situații diferite, respectiv cerințele privind participarea și cerințele privind oferta. Contestatoarea nu poate invoca o încălcare a egalității de tratament atât timp cât nu vorbește despre situații identice. În cazul SRL se vorbește despre o situație de excludere, nu despre evaluarea ofertelor.

În consecință, ... SRL susține că SRL nu a îndeplinit condiții și cerințe minime de calificare, iar în cazul evaluării ofertei tehnice a SRL, autoritatea contractantă a evaluat și a stabilit admisibilitatea ofertei cu respectarea prevederilor legii achizițiilor publice.

..... SRL (dosar 1778) a constituit cauțiunea în sumă de 1.139.211,23 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 210254957/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala Victoria, la data de 24.05.2024, fiind transmisă, în original, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 33551/29.05.2024.

..... SRL (dosar 2213) a constituit cauțiunea în sumă de 1.139.211,23 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 210343623/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala Victoria, la data de 27.06.2024, fiind transmisă, în original, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 40923/01.07.2024.

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

..... a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de Achiziție/furnizare autobuze electrice pentru proiectul „Modernizarea transportului public la nivelul zonei urbane funcționale prin achiziția de autobuze ecologice - etapa I” – PMT – 2023 - P029, Cod unic de identificare: 4279944-2023-25.1”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1061301/30.10.2023. Valoarea estimată a contractului de furnizare este de 56.960.561,70 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 56/66433/14.05.2024, și a raportului procedurii nr. 56/65556/13.05.2024, ... SRL a înaintat Consiliului contestațiile în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul nr. 1778/2024 și dosarul nr. 2213/2024, Consiliul reține cele ce urmează cu privire la contestațiile formulate de SRL:

Având în vedere modul de redactare al celor două contestații depuse de SRL, analiza fondului acestor contestații realizată de Consiliu va fi una unitară, reținând că sunt formulate împotriva rezultatului procedurii de atribuire stabilit de autoritatea contractantă, a deciziei autorității contractante de a declara câștigătoare oferta asocierii SRL – AS și admisibilă oferta sp. z. o. o., în timp ce oferta sa a fost respinsă, în funcție de data la care a avut acces la informațiile din dosarul achiziției.

Astfel, prin cele două contestații, autoarea lor formulează critici împotriva rezultatului procedurii de atribuire stabilit de autoritatea contractantă și a modului în care a fost realizată evaluarea ofertelor.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, urmare a depunerii contestației de către SRL, obiect al dosarului nr. 1778/2024, ... SRL a formulat cerere de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante, pe care Consiliul o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea acesteia, în calitate de membru al asocierii SRL – AS, declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricină prin promovarea acestei cereri.

De asemenea, tot ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, urmare a studierii dosarului constituit la Consiliu, ... SRL a depus documentul intitulat "PRECIZĂRI ȘI COMPLETĂRI LA CONTESTAȚIE", înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40045/ 26.06.2024, având ca cerere subsidiară calificarea acestui document drept contestație (sens în care a și fost constituită cauțiunea aferentă la data de 27.06.2024), devenind obiect al dosarului nr. 2213/2024.

Prin urmare, documentul înaintat la data de 01.07.2024 de către SRL, a fost apreciat ca fiind o cerere de intervenție dat fiind faptul că, prin acesta, autoarea lui formulează apărări împotriva susținerilor formulate de SRL în contestația obiect al dosarului nr. 2213/2024.

Astfel, acest demers al SRL este considerat cerere de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante, iar Consiliul o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea acesteia, în calitate de membru al asocierii SRL – AS, declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricină prin promovarea acestei cereri.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP la data de 03.07.2024, documentul intitulat "PRECIZĂRI ȘI COMPLETĂRI LA CONTESTAȚIE" (înregistrat la CNSC sub nr. 40045/26.06.2024), ca reprezentând contestația formulată de SRL obiect al dosarului

2213/2024, cererea de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante înregistrată la Consiliu cu nr. 44498/ 15.07.2024, formulată de SRL, este încuviințată în principiu de Consiliu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea acesteia, în calitate de membru al asocierii SRL – AS, declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricină prin promovarea acestei cereri.

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

Fiind ținut, potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 [Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei], la a verifica cu întâietate excepțiile invocate, Consiliul va analiza cu precădere excepțiile invocate de SRL și de către autoritatea contractantă în privința celei de a doua contestații.

Astfel, intervenienta invocă excepțiile inadmisibilității și tardivității motivelor noi din contestația secundă, considerând că se modifică obiectul și cauza contestației inițiale.

Contrar aprecierii intervenientei criticile contestatoarei au fost formulate în data de 25.06.2024 (data transmiterii documentului), în ultima zi a termenului legal de 10 zile de la data luării la cunoștință despre toate actele autorității contractante privind evaluarea realizată cu privire la toate ofertele depuse în procedură (12.06.2024), în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, în discuție fiind acte care, deși au fost solicitate de petentă, prin două solicitări adresate autorității contractante, nu au fost puse la dispoziție de către achizitoare.

De asemenea, este apreciată eronată și invocarea de către SRL a prevederilor art. 23 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în discuție nefiind prezentarea unor noi motive de contestare ce nu se regăseau în contestația obiect al dosarului nr. 1778/2024, ci o nouă contestație, obiect al dosarului nr. 2213/2024.

Cât privește susținerile intervenientei legate de repunerea în termen a petentei pentru a putea formula critici noi, străine de conținutul contestației obiect al dosarului 1778/2024, pentru a justifica solicitarea sa de respingere a celei de a doua contestații, Consiliul reține că această nouă contestație a fost formulată după luarea la cunoștință în data 12.06.2024, de conținutul documentelor transmise de achizitoare la data de 10.06.2024.

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

Prin urmare, Consiliul a asigurat tuturor solicitanților, acces la dosarul cauzei aflat la Consiliu, cel al contestatoarei fiind asigurat la data de 12.06.2024, mai puțin la propunerile financiare și tehnice depuse de

contracandidații săi, în temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind puse la dispoziție inclusiv documentele elaborate de autoritatea contractantă urmare a lucrărilor realizate de membrii comisiei de evaluare, și la care, autoritatea contractantă, în mod nelegal a restricționat accesul petentei.

Or, această a doua contestație a fost întemeiată pe documentele și informațiile la care contestatoarea a avut acces doar în data de 12.06.2024.

Astfel, chiar dacă această a doua contestație vizează tot rezultatul procedurii de atribuire, respectiv respingerea ofertei sale, declararea câștigătoare a ofertei asocierii având ca lider SRL și declararea admisibilă a ofertei sp. A. o. o, alături de dezvoltarea motivelor de contestare regăsite în contestația din 27.05.2024, ... SRL a formulat și noi motive de contestare, urmare a informațiilor obținute prin accesul la aceste noi documente, astfel că termenul de contestare se raportează de la această dată, respectiv 12.06.2023, ultima zi a termenului fiind marți, 25.06.2023.

În această apreciere a sa Consiliul a avut în vedere și cele stabilite de CJUE în cauza C-54/21, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), unde CJUE s-a pronunțat astfel:

”Cu privire la a șaptea întrebare

97 După cum reiese din elementele litigiului principal rezumate la punctele 25-27 din prezenta hotărâre, Antea a formulat o cale de atac prin care solicită anularea deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice pentru motivul, printre altele, că nu a avut acces, după adoptarea acestei decizii, la informațiile pe care concurenții săi, printre care ofertantul câștigător, le transmisese autorității contractante.

98 Prin intermediul celei de a șaptea întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665 trebuie interpretat în sensul că, în cazul constatării, în cursul soluționării unei căi de atac formulate împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice, a unei obligații a autorității contractante de a divulga reclamantului informații care au fost tratate în mod eronat ca fiind confidențiale, această constatare trebuie de asemenea să conducă la adoptarea de către această autoritate contractantă a unei noi decizii de atribuire a contractului pentru a-i permite reclamantului să formuleze o nouă cale de atac.

99 Din cuprinsul articolului 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 reiese că deciziile luate de autoritatea contractantă într-o procedură de achiziții publice care intră sub incidența dreptului Uniunii trebuie să poată face obiectul unor căi de atac eficiente și cât mai rapide posibil, aceste căi de atac permițând contestarea conformității acestor decizii cu acest drept sau cu normele naționale de transpunere a acestuia. Pe de altă parte, acest articol 1 precizează la alineatul (3) că aceste căi de atac trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

100 Articolul 1 menționat este destinat să protejeze operatorii economici împotriva arbitrariului autorității contractante, asigurând existența în toate statele membre a unor căi de atac care să garanteze aplicarea efectivă a normelor Uniunii în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice, în special într-un stadiu în care încălcările mai pot fi corectate. Prin urmare, Directiva

89/665 are drept finalitate respectarea deplină a dreptului la o cale de atac efectivă și la un proces echitabil consacrat la articolul 47 primul și al doilea paragraf din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (a se vedea în acest sens Hotărârea din 7 septembrie 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, punctele 127 și 128).

101 În scopul respectării acestui drept la o cale de atac efectivă, instanța națională sesizată cu o acțiune referitoare la o procedură de achiziții publice trebuie să verifice, ținând seama de obligația autorității contractante de a furniza ofertantului respins informații suficiente pentru a garanta dreptul la o cale de atac efectivă, precum și dreptul altor operatori economici la protecția confidențialității, că autoritatea contractantă a considerat în mod întemeiat că informațiile pe care a refuzat să le comunice reclamantului erau confidențiale. În acest scop, această instanță trebuie să efectueze o examinare completă a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea în mod necesar să poată dispune de informațiile cerute, inclusiv de informațiile care au fost tratate drept confidențiale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 7 septembrie 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, punctele 129 și 130).

102 Atunci când, în urma acestei verificări, instanța națională constată că anumite informații au fost calificate în mod eronat drept confidențiale, această instanță trebuie să poată anula decizia autorității contractante privind refuzul divulgării acestor informații, precum și, după caz, decizia privind respingerea căii de atac administrative împotriva acestui refuz. În plus, dacă dreptul național îi permite acest lucru, instanța menționată trebuie să poată adopta ea însăși o nouă decizie în această privință (a se vedea în acest sens Hotărârea din 7 septembrie 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, punctul 136).

103 În ceea ce privește efectele nedivulgării informațiilor menționate asupra legalității procedurii de achiziții publice și, astfel, asupra deciziei de atribuire a contractului, dispozițiile Directivei 89/665 nu permit să se stabilească modalitățile procedurale precise potrivit cărora instanța națională trebuie să examineze aceste efecte. Revine, așadar, statelor membre sarcina de a stabili aceste modalități, care trebuie, în conformitate cu articolul 1 alineatul (3) din această directivă, să permită oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare să conteste în mod eficace și rapid deciziile luate de autoritățile contractante (a se vedea în acest sens Hotărârea din 7 septembrie 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, punctul 136).

104 Prin urmare, într-un caz precum cel în discuție în litigiul principal, în care reclamanta solicită anularea deciziei de atribuire a contractului pentru motivul, printre altele, că anumite informații au fost calificate în mod eronat drept confidențiale, revine instanței sesizate sarcina de a examina dacă aceste informații ar fi trebuit de fapt să fie divulgate și, în caz afirmativ, să aprecieze dacă nedivulgarea informațiilor menționate a privat reclamanta de posibilitatea de a introduce o cale de atac efectivă împotriva acestei decizii de atribuire.

105 Revine în continuare acestei instanțe sarcina de a asigura remedierea oricărei încălcări eventual constatate a dreptului la o cale de atac efectivă.

106 În acest cadru, îi revine printre altele sarcina de a ține seama de jurisprudența constantă a Curții, potrivit căreia obiectivul stabilit la articolul 1 din Directiva 89/655, de a garanta existența unor căi de atac efective împotriva încălcărilor dispozițiilor aplicabile în materia atribuirii contractelor de achiziții publice, nu poate fi atins decât dacă termenul impus pentru a formula o cale de atac împotriva deciziei în discuție începe să curgă numai de la data la care reclamantul a luat cunoștință sau ar fi trebuit să ia cunoștință de pretinsa încălcare a dispozițiilor menționate [Hotărârea din 28 ianuarie 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, punctul 32, și Hotărârea din 8 mai 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox și alții*, C-161/13, EU:C:2014:307, punctul 37, precum și Ordonanța din 14 februarie 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco*, C-54/18, EU:C:2019:118, punctul 45].

107 În consecință, în ipoteza în care dreptul procedural național nu ar permite instanței sesizate cu o cale de atac împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice să ia, în cursul judecății, măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă, această instanță trebuie, atunci când se dovedește că acest drept a fost încălcat din cauza nedivulgării unor informații, fie să anuleze această decizie de atribuire, fie să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate, termenul prevăzut în acest sens neîncepând să curgă decât de la momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care fuseseră calificate în mod eronat drept confidențiale.

108 Prin urmare, se impune ca la a șaptea întrebare să se răspundă că articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665 trebuie interpretat în sensul că, în cazul constatării, în cursul soluționării unei căi de atac formulate împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice, a unei obligații a autorității contractante de a divulga reclamantului informații care au fost tratate în

mod eronat ca fiind confidențiale și a unei încălcări a dreptului la o cale de atac efectivă din cauza nedivulgării acestor informații, această constatare nu trebuie în mod necesar să conducă la adoptarea de către această autoritate contractantă a unei noi decizii de atribuire a contractului, cu condiția ca dreptul procedural național să permită instanței sesizate să adopte, în cursul judecății, măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă sau să îi permită să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate. Termenul de introducere a unei astfel de căi de atac nu trebuie să curgă decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidențiale.”

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă a extins caracterul confidențial al ofertei asocierii având ca lider SRL și al ofertei sp. A. o. o și asupra actelor de evaluare a acestora, precum și la actele de lucru ale comisiei de evaluare, este evident că societatea contestatoare nu a fost în măsură să cunoască nici măcar modalitatea în care achizițarea a evaluat aceste oferte pe care le critică. Accesul contestatoarei la actele care, în mod nelegal, au fost declarate confidențiale de către achizițator s-a realizat la sediul Consiliului, în data de 12.06.2024, data de la care, în lumina considerentelor instanței europene, societatea are posibilitatea legală de contestare a lor. Considerarea în termen a contestației ce face obiectul cauzei nr. 2213/2024 de pe rolul Consiliului este efect al respectării deciziei arătate a CJUE ce stabilește expres faptul că "(...) în cazul constatării, în cursul soluționării unei căi de atac formulate împotriva unei decizii de atribuire a unui contract de achiziții publice, a unei obligații a autorității contractante de a divulga reclamantului informații care au fost tratate în mod eronat ca fiind confidențiale și a unei încălcări a dreptului la o cale de atac efectivă din cauza nedivulgării acestor informații, această constatare nu trebuie în mod necesar să conducă la adoptarea de către această autoritate contractantă a unei noi decizii de atribuire a contractului, cu condiția ca dreptul procedural național să permită instanței sesizate să adopte, în cursul judecății, măsuri care să restabilească respectarea dreptului la o cale de atac efectivă sau să îi permită să considere că reclamantul poate formula o nouă cale de atac împotriva deciziei de atribuire deja luate. Termenul de introducere a unei astfel de căi de atac nu trebuie să curgă decât din momentul în care acest reclamant are acces la ansamblul informațiilor care au fost calificate în mod eronat drept confidențiale.”

Față de cele anterior citate din decizia CJUE pronunțată în cauza C-54/21, Consiliul reține prevederile art. 8 alin. (1), partea introductivă, coroborate cu prevederile art. 61¹, partea introductivă, din Legea nr. 101/2016, astfel că termenul în care un ofertant poate formula, în condițiile legii, o contestație împotriva unei decizii a autorității contractante, începe să curgă de la data luării la cunoștință, de către acesta, a motivelor

pertinente ale deciziei menționate, care garantează că acest ofertant a avut cunoștință sau a putut să aibă cunoștință despre eventuale încălcări ale dreptului Uniunii care viciază o astfel de decizie.

De asemenea, pentru motivele anterior reținute sunt considerate lipsite de temei și susținerile intervenientei formulate în sprijinul excepției tardivității contestației referitoare la nelegalitatea calificării documentului înregistrat la Consiliu cu nr. 40045/26.06.2024 drept o contestație.

Faptul că acest document nu este intitulat "contestație" nu poate determina, în sine, în mod automat, respingerea demersului în fața Consiliului.

Calificarea documentelor de către Consiliu este realizată prin raportare la conținutul acestora și nu la denumirea pe care o poartă.

De asemenea, după cum s-a reținut anterior, prin documentul intitulat "PRECIZĂRI ȘI COMPLETĂRI LA CONTESTAȚIE", transmis în 25.06.2024 și înregistrat la Consiliu sub nr. 40045/26.06.2024, în subsidiar s-a solicitat calificarea acestuia drept o nouă contestație, ... SRL constituind cauțiunea aferentă conform recipisei de consemnare, în data de 27.06.2024.

În aceste condiții, raportat la cele reținute, excepțiile inadmisibilității și tardivității contestației SRL, înregistrată la Consiliu cu nr. 40045/26.06.2024 (dosar nr. 2213/2024) sunt neîntemeiate, urmând a fi respinse.

În ceea ce privește excepția de litispendență invocată de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere la contestația obiect al dosarului 2213/2024, Consiliul constată că este neîntemeiată.

În aprecierea sa Consiliul consideră incidente cele stabilite cu privire la refuzul nelegal al autorității contractante de a pune la dispoziție toate documentele întocmite de comisia de evaluare pe parcursul evaluării ofertelor, cu toate că a primit 2 solicitări în acest sens de la autoarea contestației, achizitoarea limitându-se la a permite accesul petentei doar la documente a căror lipsă de relevanță în stabilirea rezultatului final al procedurii este evidentă.

Prin urmare, depunerea celei de a doua contestații este doar rezultatul modului de acțiune al autorității contractante, conduita sa în legătură cu accesul ofertanților la dosarul achiziție nefiind conformă dispozițiilor legale incidente în materia achizițiilor publice și obligațiilor stabilite în sarcina sa de acestea.

Astfel, potrivit art. 138 alin. 1 din Codul de procedură civilă, invocat de achizitoare:

"(1) Nimeni nu poate fi chemat în judecată pentru aceeași cauză, același obiect și de aceeași parte, înaintea mai multor instanțe competente sau chiar înaintea aceleiași instanțe, prin cereri distincte."

Raportat la aceste dispoziții, Consiliul consideră că acestea impun existența unei triple identități, respectiv aceeași cauză, același obiect și aceleași părți, existența doar a unei strânse legături în loc de identitate între contestații determinând conexarea acestora.

În aceste condiții, prevederile art. 138 din Codul de procedură civilă, invocate de achizitoare nu sunt considerate incidente în speță, autoarei contestației nefiindu-i permis accesul la toate documentele din dosarul

achiziției, acces asigurat de Consiliu cu respectarea dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Astfel fiind, Consiliul va respinge ca neîntemeiată excepția litispendenței invocată de autoritatea contractantă.

Pe fond, analizând contestațiile, Consiliul reține că demersurile autoarei acesteia sunt îndreptate împotriva rezultatului procedurii de atribuire stabilit de autoritatea contractantă, ... SRL invocând nelegalitatea acestui rezultat.

În acest sens, un prim set de critici formulat de autoarea contestației este în legătură cu restricționarea de către autoritatea contractantă a accesului său la informații care nu sunt protejate de lege și care, declară aceasta, sunt esențiale pentru exercitarea dreptului său legitim la apărare.

În sprijinul celor afirmate, autoarea contestației arată că a adresat achizitoarei o cerere de acces la dosarul achiziției, iar autoritatea contractantă, prin adresa nr. act (RI18)3117 din 17.05.2014/nr. lucrare 56/68100 din 17.05.2024, a acordat acces parțial la anumite documente din dosarul achiziției, documente din care nu puteau fi identificate aspectele esențiale, determinante ale ofertelor declarate conforme și admisibile, respectiv câștigătoare.

Arată că, primind acest răspuns, a revenit, reiterând solicitarea de acces la data de 20.05.2024, însă autoritatea contractantă, prin adresa cu nr. act (RI18)3189 din 21.05.2014/nr. lucrare 56/69176 din 21.05.2024, i-a comunicat că nu va asigura accesul la alte documente și informații decât cele transmise anterior, invocând în acest sens declarațiile ofertanților cu privire la confidențialitatea ofertei, punând la dispoziție, parțial, conținutul acestora.

Susținând că modul de acțiune al achizitoarei este nelegal, precizează că, pe lângă documentele care nu au fost probate de ceilalți ofertanți ca fiind confidențiale i s-a restricționat accesul inclusiv la procesele-verbale de evaluare, documente asupra cărora nu pot fi incidente dispozițiile art. 57 alin. (1) și art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, acestea fiind emise de către achizitoare neputând fi declarate ca fiind confidențiale de către ofertanți.

În contra celor susținute de contestatoare, autoritatea contractantă susține că a procedat cu respectarea dispozițiilor legale, acționând cu celeritate și punând la dispoziție documentele accesibile la acest moment. De asemenea, menționează că, având în vedere că ofertanții și-au declarat și motivat/probat caracterul confidențial al ofertei tehnice și financiare, ca și contestatoarea, precum și a faptului că, solicitările de clarificări sunt parte integrantă a ofertelor, consideră că și acestea sunt confidențiale, astfel că

nu se poate permite accesul în vederea studierii, procesele-verbale de evaluare conținând atât diverse caracteristici tehnice, cât și angajamente legate de garanții, și alte aspecte tehnice, cât și răspunsurile la solicitările de clarificări care sunt la rândul lor confidențiale, motiv pentru care nu se poate permite accesul la studiul acestora.

Analizând aceste documente, Consiliul constată că, urmare a primei dintre cererile adresate de petentă achizitoarei în vederea accesului la dosarul achiziției, autoritatea contractantă i-a transmis acesteia extras din dosarul achiziției, invocând prevederile art. 217 din Legea nr. 98/2016, respectiv:

"- Pv 1

- Pv 2

- Pv 3

- *declarațiile ofertanților participanți la procedura privind informații din propunerea tehnică/financiară care sunt confidențiale sau protejate de un drept de proprietate intelectuală;*

- *raport procedură;*

- *avize emise de către ANAP prin observatori desemnați pe parcursul procedurii."*

iar în urma revenirii asupra acestei cereri, autoritatea contractantă a refuzat transmiterea altor documente și a retransmis declarațiile privind confidențialitatea informațiilor din propunerea tehnică/financiară.

Verificând documente transmise, Consiliul constată că acestea se referă la deschiderea ofertelor (PV1), analiza DUAE și a documentelor care îl însoțesc (PV2) și evaluarea garanției de participare (PV3).

Toate aceste documente, alături de raportul procedurii de atribuire 56/65556/13.05.2024/nr. act (RI18) 2975 din 13.05.2024, nu conțin decât într-o mică măsură informații legate de evaluarea realizată de autoritatea contractantă. De altfel, raportul procedurii nu conține nicio informație concretă nici legată de evaluarea propunerilor tehnice și nici legată de prețurile oferite, ci doar trimiteri la procese-verbale de evaluare și punctajele acordate ofertelor declarate admisibile. Contrar aprecierii autorității contractante restricționarea accesului la propunerea financiară a unui/unor ofertant/ofertanți, nu se răsfrânge asupra obligației sale de a indica în documentele emise, respectiv în raportul procedurii, elementele principale ale ofertelor, funcție de natura achiziției, respectiv prețurile totale indicate de ofertanți în ofertele lor.

Or, lipsind în mare măsură informații legate de evaluarea realizată de autoritatea contractantă, toate aceste informații regăsite în documentele la care a permis autoritatea contractantă accesul, nu sunt de natură a demonstra temeinicia procesului de evaluare a ofertelor și legalitatea rezultatului procedurii stabilit de aceasta.

Referitor la aspectul în discuție, prezintă relevanță Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza Varec, C-450/06, prin care s-au stabilit următoarele:

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

vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C- 26/03,

Rec., p. I- 1, punctul 44).

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

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

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

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

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

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

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

EU:T:2013:38, punctul 90).

47 Rezultă din jurisprudență că ofertele depuse de ofertanți în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă pot intra în domeniul de aplicare al excepției referitoare la protecția intereselor comerciale, în special datorită elementelor economice și tehnice cuprinse în oferte (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA,

T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 95).

48 Pe de altă parte, protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este prevăzută de dispozițiile relevante din Regulamentul financiar și în special la articolul 113 alineatul (2) din acesta, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute. Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare (Hotărârea din 29 ianuarie 2013,

Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 100).

49 Având în vedere cele ce precedă, jurisprudența a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 ianuarie

2013, Cosepuri/EFSA, T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38, punctul 101).

50 Trebuie subliniat însă că prezumția generală menționată la punctul 49 de mai sus nu exclude posibilitatea de a demonstra că un anumit document a cărui divulgare este solicitată nu face obiectul acestei prezumții sau că există un interes public superior care justifică divulgarea (Hotărârea din 28 iunie 2012, Comisia/Éditions Odile Jacob,

C- 404/10 P, EU:C:2012:393, punctul 126).

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

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

oferta depusă de ofertantul reținut, din care fac parte borderoul de prețuri și borderoul de prețuri recapitulativ. În plus, anexa I.A la contract, la care Comisia a refuzat de asemenea accesul în întregime, cuprinde și borderoul de prețuri al ofertei ofertantului reținut. În ceea ce privește anexa II la contract, la care a fost refuzat de asemenea accesul, aceasta conține oferta ofertantului reținut. Prin urmare, este vorba despre exact același tip de documente ca cele avute în vedere de Hotărârea din 29 ianuarie 2013,

Cosepuri/EFSA (T- 339/10 și T- 532/10, EU:T:2013:38). Contrar celor susținute de

reclamantă, nu se poate deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de

acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

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

acestuia, la know-how-ul său, la organizarea sa internă, la costurile sale și la prețurile

propușe.

54 În aceste împrejurări, comisia a statuat în mod întemeiat, în deciziile atacate, că oferta ofertantului reținut, inclusiv borderoul de prețuri, anexa I.A la contract, care conține borderoul de prețuri, și anexa II la contract, care conține oferta ofertantului reținut, erau acoperite de o prezumție generală potrivit căreia divulgarea lor ar aduce atingere, în principiu, protecției intereselor comerciale.

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

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

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

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

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

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

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

i- au fost furnizate de Comisie cu privire la prețul ofertei reținute nu îndeplinesc cerințele

articolului 113 din Regulamentul financiar, chiar dacă s- ar presupune că sunt admisibile,

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

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

Cu toate acestea, contestatoarea a avut acces la dosarul cauzei aflat la Consiliu la data de 23.11.2023, fiind asigurat accesul la toate documentele, mai puțin la propunerile financiare și tehnice a contracandidaților săi, în temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Cât privește invocarea de către intervenientă a excepția lipsei de interes a contestatoarei în a solicita informațiile confidențiale, Consiliul consideră nefondate susținerile acesteia.

În aprecierea sa Consiliul are în vedere faptul că intervenienta susține că petenta nu are un interes în a solicita acces la informațiile confidențiale ale asocierii declarate câștigătoare, deoarece oferta sa a fost respinsă într-o etapă prealabilă și anterioară celei de evaluare a specificațiilor tehnice și financiare, pentru că a avut o ofertă incompletă, din care lipseau documente obligatorii pentru dovedirea cerințelor de calificare, și afirmă că autoritatea contractantă, în mod temeinic și legal, nu a acordat acces la întreg dosarul achiziției publice, în contextul în care oferta sa a fost declarată și probată ca fiind confidențială.

Intervenienta invocă această excepție considerând că accesul nerestricționat al petentei la ofertele tehnice și financiare ale ofertanților ce au depus o ofertă admisibilă, ar crea o situație juridică mai favorabilă acesteia care, deși a fost exclus de la procedură într-o fază preliminară de calificare, beneficiază totuși de informații confidențiale, în timp ce achizițarea ori competitorii săi nu pot avea acces la astfel de informații privind oferta depusă de petentă datorită etapei în care acest ofertant a fost respins.

Consiliul constată lipsa de temei a excepției invocată de intervenientă motivat de faptul că, prin contestație, se solicită anularea rezultatului procedurii, autoarea acesteia considerând nelegală evaluarea efectuată de autoritatea contractantă și rezultatul stabilit de aceasta.

Contrar aprecierii intervenientei contestatoarea nu a solicitat în mod expres accesul la documentele declarate confidențiale de asociere reprezentată de intervenientă, ci accesul la documentele declarate eronat/ nelegal confidențiale.

Prin urmare, criticând nelegalitatea evaluării realizate de autoritatea contractantă în ceea ce privește propria ofertă, dar și declararea admisibile a celorlalte două oferte depuse în procedură, petenta solicită reluarea evaluării atât a propriei oferte, cât și a ofertelor competitorilor ei.

Nelegalitatea evaluării realizate de autoritatea contractantă este invocată de autoarea contestației, iar în contestarea acestui rezultat, petenta are interes în sensul stabilit de legiuitor la art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016:

"(1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

.....

...

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

.....

(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac."

Potrivit dispozițiilor legale citate interesul în contestarea actelor autorității contractante este determinat de calitatea de persoană care se consideră vătămată a celui care se adresează Consiliului.

De asemenea, accesul la dosarul constituit pe rolul Consiliului este determinat exclusiv de calitatea de parte în litigiul de pe rolul Consiliului.

Pentru aceste motive, Consiliul consideră lipsită de temei excepția invocată de intervenienta SRL.

Analizând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, Consiliul reține că, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 56/66433/14.05.2024, achizitoarea a comunicat petentei următoarele:

"(...) oferta dumneavoastră a fost respinsă în condițiile art.137, alineat 1 din HG 395/2016 intrucat sunt incidente prevederile art.215 alin (5) din Legea

98/2016: "(...)" coroborat cu prevederile art.2 alin.2 din Legea 98/20156 si cu precadere a alineatului b) tratamentul egal.

Motivatia respingerii este urmatoarea :

Comisia de evaluare in urma analizei documentelor prezentate a constatat urmatoarele :

- formularul Declaratie de neincadrare in situatiile prevazute la art. 60 din Legea 98/2016 privind achizitiile publice - Formularul 4 pentru - RO26487059 nu este completat cu toate informatiile necesare, fara mentionarea unicului actionar - persoana juridica

- formularul Declaratie de neincadrare in situatiile prevazute la art. 60 din Legea 98/2016 privind achizitiile publice - Formularul 4 pentru & LTD CIF: 512304056, avand calitatea de tert sustinator nu se regaseste intre documentele depuse

In documentatia de atribuire, respectiv Fisa de date a achizitiei DF1195038 a fost prevazut clar si fara ambiguitati la punctul III.1) CONDITII DE PARTICIPARE: III.1.1.a) Situatia personala a candidatului sau ofertantului, Informatii si formalitati necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate:

"Cerinta 3: Ofertantul nu trebuie sa se incadreze in situatiile prevazute la art. 60 si art.167 din Legea 98/2016 privind achizitiile publice.

Dovedire: Completare DUAE de catre ofertant/asociat cu informatiile aferente situatiei lor, la Motive de excludere – la litera C. Motive legate de insolventa, conflicte de interese sau abateri profesionale. Se va prezenta la momentul depunerii ofertelor Declaratia de neincadrare in situatiile prevazute la art. 60 din Legea 98/2016 privind achizitiile publice- Formularul 4, de catre toti participantii la procedura de atribuire (ofertant, asociat, tert sustinator)."

Totodata se precizeaza la punctul IV.4 Prezentarea ofertei, IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei urmatoarele :

"(...)"

Din cele prezentate a rezultat indeplinirea prevederilor Art. 154. din Legea 98/2016 care la alineatul 1 prevede : "(...)"

Comisia de evaluare a constatat ca asupra acestui punct nu au fost solicitate clarificari si nici nu au fost depuse contestatii.

Prin depunerea ofertei, ofertantul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, astfel că potrivit art. 123 din Legea nr. 98/2016, avea obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și deci implicit cu toate cerințele impuse .

Comisia de evaluare a facut trimitere la cauza C-523/16 in care CJUE s-a pronuntat astfel:

"... Astfel Curtea a statuat printre altele ca o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui in scris sau a unei informatii a carei comunicare era impusa de documentele achizitiei, autoritatea contractanta fiind obligata sa respecte cu strictete criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea in acest sens Hotararea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, precum si Hotararea din 11 mai 2017, Archus si Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punctul 33)".

La acest moment, in analiza tuturor celor 3 oferte depuse, prin prisma tratamentului egal, solicitarea de completari/modificari este de natura a crea dezavantaje pentru ceilalti 2 ofertanti care au inteles sa depuna toate documentele solicitate in conformitate cerintele mentionate si sa respecte cerintele minimale.

Facem precizarea ca momentul prezentarii documentului indicat este LA DEPUNEREA ofertelor, nefiind un document suport doveditor ulterior ci un document alaturat DUAE, astfel ca nu sunt incidente prevederile art. 196 alin.1 din Legea 98/2016 si nu este suficienta incidenta art. 193 alin 1 litera a din Legea 98/2016 pentru indeplinirea cerintei asa cum aceasta formulata, cu mentiunea ca aceste articole nu induc obligativitatea ci optiunea ("autoritatea poate")."

Din cuprinsul comunicării rezultatului procedurii rezultă că respingerea ofertei contestatoarei este justificată de autoritatea contractantă prin modul în care contestatoarea a îndeplinit cerințele fișei de date a achizitiei cap.

III.1) *CONDITII DE PARTICIPARE*, subcap. III.1.1.a) *Situatia personala a candidatului sau ofertantului*, Cerința 3, prin care au fost stabilite următoarele obligații în sarcina ofertanților:

"Cerința 3: Ofertantul nu trebuie să se încadreze în situațiile prevăzute la art. 60 și art. 167 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

Dovedire: Completare DUAЕ de către ofertant/asociat cu informațiile aferente situației lor, la Motive de excludere – la litera C. Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale. Se va prezenta la momentul depunerii ofertelor Declarația de neincadrare în situațiile prevăzute la art. 60 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice- Formularul 4, de către toți participanții la procedura de atribuire (ofertant, asociat, tert sustinator). La solicitarea aut. contractante se vor prezenta de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor:

A.Documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. 2, art. 167 alin 2, art. 171 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice; alte doc. edificatoare, după caz.

B.Persoane juridice/fizice straine vor prezenta orice doc. edificatoare sau o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens pentru situațiile descrise în art.164, 165 și 167 din Legea 98/2016. Persoanele ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității în ceea ce privește organizarea, derularea și finalizarea procedurii de atribuire în sensul articolului menționat sunt următoarele: (...)

Vor prezenta aceste informații : Ofertanții/ofertanți asociați,terți sustinatori."

Astfel, este reținut de către autoritatea contractantă că petenta a prezentat Formularul 4 – *DECLARAȚIE privind neincadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 din Legea 98/2016 (evitarea conflictului de interese)*, solicitat, însă în cadrul acestuia ofertantul nu a cuprins toate informațiile necesare, respectiv nu a menționat unicul acționar - persoană juridică.

Consiliul reține, ca prim aspect, că prin adresa de comunicare a rezultatului amintită, autoritatea contractantă i-a invocat petentei prevederile art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 (*Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții: a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;*), cu mențiunea:

"... ca aceste articole nu induc obligativitatea ci opțiunea ("autoritatea poate")."

Fără a putea identifica în clar la ce anume a făcut referire achizițtoarea prin textul citatului de mai sus, Consiliul observă aceeași interpretare discreționară a autorității contractante și în punctul de vedere la contestație în privința dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, care, în opinia sa, îi conferă drepturi și nu obligații.

Or, ceea ce omite autoritatea contractantă în susținerile și interpretările sale este faptul că evaluarea ofertelor este un proces riguros, iar legiuitorul, pentru a permite atingerea acestui scop, a conferit

membrilor comisiei de evaluare dreptul de a solicita clarificări și informații, atât ofertanților, cât și unor terți. Exercitarea acestor drepturi însă, nu este discreționară, contrar aprecierii autorității contractante, în funcție de voința membrilor comisiei de evaluare, ci se impune a fi realizată atunci când atingerea acestui scop (evaluarea riguroasă a ofertelor) este condiționată de caracterul incomplet ori neclar al anumitor informații din cuprinsul ofertelor.

În cazul de față, conform declarațiilor părților, dar și documentelor emise de autoritatea contractantă, aceasta nu a considerat necesară solicitarea de clarificări, luând decizia extremă a respingerii ofertei petentei, fără a-și fi manifestat dreptul conferit de legiuitor pentru ca evaluarea ofertei depusă de acest ofertant să fie una completă și temeinică.

Acest mod de acțiune al membrilor comisiei de evaluare contravine atât prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

„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 are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”,

dar și obligațiilor stabilite în sarcina acestora de legiuitor la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016:

„În raport cu sarcinile și responsabilitățile, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții:

- a) deschiderea ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta;*
- b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați.”*

În discuție este o omisiune din cadrul declarației privind evitarea conflictului de interese, în condițiile în care în cadrul DUAЕ, la cap. C MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, este declarat faptul că ofertantul nu se află în conflict de interese. Chiar dacă în documentația de atribuire s-a stabilit că această declarație (Formularul 4) trebuie depusă la momentul depunerii ofertei, având în vedere că aceasta are rol doar de confirmare a inexistenței conflictului de interese declarat în DUAЕ, solicitarea completării/clarificării ei sau chiar a depunerii ei în cazul unei eventuale lipse, nu poate fi apreciată decât o completare de confirmare a acestei declarații (DUAЕ), făcută pe calea unei alte declarații (Formularul F4). Verificarea veridicității celor declarate cade în seama autorității contractante, ea fiind cea care este chemată să identifice existența sau nu a unui conflict de interese și, dacă este cazul, să stabilească măsurile ce se impun a fi luate pentru înlăturarea acestuia, dincolo de conținutul declarațiilor participanților la procedură.

Chiar dacă ofertantul avea obligația depunerii unui document distinct legat de conflictul de interese, depus de altfel de acesta, dar incomplet, existența unei alte declarații precum DUAЕ (cu rol bine definit în simplificarea procesului de evaluare privind îndeplinirea condițiilor de calificare), care susține lipsa conflictului de interese supus analizei, determină în sarcina autorității contractante necesitatea de a aplica dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv de a cere ofertantei completarea declarației date, fără ca un astfel de demers să-i producă acestui ofertant vreun avantaj nepermis în sensul stabilit de legiuitor la art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

"Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."

Prin urmare, Consiliul consideră eronată conduita autorității contractante, contrară prevederilor legale, de respingere a ofertei SRL pentru acest motiv, fără ca, în prealabil, să fi solicitat clarificarea/completarea declarației depuse cu privire la evitarea conflictului de interese. Autoritatea contractantă putea și trebuia să facă un astfel de demers și, doar în funcție de răspunsul primit putea decide cu privire la existența sau nu a conflictului de interese, conform celor declarate în DUAE, respectiv care sunt măsurile ce se impun pentru o eventuală îndepărtare a acestuia.

În activitatea sa autoritatea contractantă a omis tocmai atingerea obiectivului cerinței în discuție, respectiv acela de a stabili dacă ofertantul se află sau nu în conflict de interese. Dacă ar fi acționat astfel, în scopul analizării situației existente și stabilirea unui astfel de rezultat, devine evident că ar fi trebuit să solicite clarificări/informații suplimentare pentru a se putea pronunța asupra situației existente. Procedând direct la respingerea ofertei, autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare, a acționat în contra scopului prevederilor documentației de atribuire și prevederilor legale.

În aceste condiții, Consiliul constată nelegalitatea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei contestatoarei pentru acest motiv.

Un alt de motiv de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul reține a fi în legătură cu același Formular 4, de această dată achizitoarea constatând lipsa prezentării acestuia pentru terțul susținător al contestatoarei, respectiv pentru & LTD.

Având în vedere scopul cerinței, stabilirea existenței sau nu a unui conflict de interese, respectiv faptul că acest operator economic a depus DUAE și declară că nu se află în conflict de interese, Consiliul apreciază că respingerea ofertei contestatoarei, fără ca, în prealabil să fi fost solicitate clarificări, completări ale acestei omisiuni a terțului susținător, cu rol de confirmare/detalieri, în sensul prezentării declarației respective (Formular 4) este o măsură extremă în afara cadrului legal și chiar a documentației de atribuire.

În aprecierea sa Consiliul are în vedere cele reținute anterior cu privire la același aspect și rolul declarației în cauză, astfel că, fără a relua toate acestea, stabilește caracterul eronat al deciziei autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei și pentru acest motiv.

Având în vedere toate aceste aspecte, Consiliul stabilește că în mod eronat autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei depuse

de SRL, motiv pentru care se impune reluarea evaluării acestei oferte și stabilirea măsurii în care ofertantul se află sau nu într-o situație de conflict de interese și, dacă este cazul, la luarea măsurilor ce se impun pentru evitarea acestuia.

În ceea ce privește criticile cu privire la oferta declarată câștigătoare, respectiv cea depusă de asocierea SRL – AS, Consiliul reține că autoarea contestației afirmă faptul că această ofertă trebuia respinsă ca neconformă și nu declarată admisibilă și, mai ales, câștigătoare a procedurii de atribuire, deoarece nu respectă cerințele documentației de atribuire.

Astfel, autoarea contestației susține că, prin Anexa 2 - *Centralizator parametrii tehnici minimali și maximali*, s-a impus ca autobuzele furnizate să aibă, printre altele, următoarele dimensiuni:

- Lungime (minim) - 11.500 mm;
- Lungime (maxim) - 12.500 mm;
- Lățime fără oglinzi exterioare (maxim) 2.550 mm;
- Înălțime (maxim) 3.600 mm;
- Înălțime compartiment pasageri (maxim) 2.100 mm.

Or, susține contestatoarea, asocierea declarată câștigătoare nu a respectat cerința înălțimii compartimentului pasageri de 2.100 mm.

În legătură cu acest aspect, verificând oferta depusă de asociere în privința înălțimii compartimentului pentru pasageri, Consiliul constată că, deși achizitoarea a stabilit că aceasta trebuie să fie maxim 2.100 mm, la pag. 38 a propunerii tehnice, în Anexa 2, menționând cerința stabilită de achizitoare, asocierea a indicat o înălțime a acestui compartiment de 2.358 mm.

Verificând lucrările comisiei de evaluare, Consiliul observă că, în procesul-verbal de evaluare nr. 4 (nr. lucrare 56/12696 din 22.01.2024/nr. act (RI18)388 din 22.01.2024), la pag. 91, în legătură cu modul de îndeplinire de către asociere a cerințelor stabilite prin Anexa 2, membrii comisiei de evaluare au reținut faptul că s-a ofertat un autobuz cu o înălțime de 2.358 mm, ce nu respectă condiția privind înălțimea maximă solicitată, stabilind că se impune solicitarea de clarificări.

Prin urmare, autoritatea contractantă, prin adresa nr. lucrare 56/12843 din 22.01.2024/nr. act (RI18)400 din 22.01.2024, a solicitat asocierii, printre altele, la pct. 7, clarificarea neconcordanței identificate între dimensiunea maximă stabilită prin documentația de atribuire, de 2.100 mm, și mențiunea existentă în propunerea tehnică de 2.358 mm.

La data de 31.01.2024, asocierea a transmis următorul răspuns în legătură cu acest aspect:

"Răspuns la Solicitarea de clarificare 7

(a) Clarificăm prin prezenta că valoarea de 2.358 mm ofertată pentru caracteristica "Înălțime compartiment pasageri" este superioară sub aspect funcțional și ergonomic pentru pasageri față de valoarea de 2.100 mm solicitată de autoritatea contractantă, ca atare este conformă cu scopul pentru care s-a inclus această cerință în documentația de atribuire, pentru motivele următoare:

- *Caracteristicile dimensionale interne ale compartimentului pasageri pentru autobuzul ofertat și omologat sunt reglementate prin Regulamentul nr. 107 al Comisiei Economice pentru Europa a Organizației Națiunilor Unite (CEE-ONU) – Dispoziții uniforme privind omologarea vehiculelor din categoriile M2 sau M3 în ceea ce privește construcția generală a acestora.*
- *Autobuzul ofertat de OTOKAR este omologat conform acestui regulament, după cum rezultă din documentul Ex_R107.08.pdf prezentat în Anexa 1 – Certificate omologare, atașată la oferta tehnică depusă.*

- Caracteristica "Înălțime compartiment pasageri" nu este definită în regulamentul respectiv și nici în documentația de atribuire, ca atare OTOKAR a considerat că autoritatea contractantă asimilează această caracteristică cu "înălțimea culoarului", care este reglementată prin prevederile din Anexa 3 la pct. 7.7.5.1, respectiv pentru tipul de autobuz ofertat care este de categoria M3, Clasa I, se prevede o valoare de minim 1900 mm. Această valoare are ca principal scop să asigure condiții minim acceptabile de acces, staționare în picioare și deplasare a călătorilor în compartimentul pasageri și se coroborează cu alte prevederi din regulament pentru asigurarea condițiilor minim acceptabile de călătorie în poziție așezat pe scaun, inclusiv când scaunele sunt montate pe o platformă înălțată față de nivelul planșeului în zona culoarului.
- În contextul descris, este fără dubiu că o înălțime mai mare decât minimul solicitat prin regulament are ca efect îmbunătățirea condițiilor de călătorie pentru pasageri, inclusiv sub aspectul condițiilor de mediu în compartimentul pasageri prin creșterea volumului interior de aer și îmbunătățirea ventilației."

Primind acest răspuns, expertul cooptat, în raportul întocmit la data de 20.02.2024, a menționat următoarele:

"a) în urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificări, constatam că nu au fost respectate cerințele solicitate prin documentația de atribuire, la momentul depunerii ofertei, cât nici la momentul transmiterii adresei de răspuns la clarificări nr. 56/12843/22.01.2024, conform capitolului 3.3.1.1 *Condiții tehnice eliminarii autobuze electrice* Condițiile tehnice se regăsesc enumerate în formularul de propunere tehnică și anexele acestuia, care reprezintă condițiile de dotare minime obligatorii pentru oferta tehnică. Acceptarea la ofertare a unui autobuz cu o înălțime mai mare față de cea solicitată, reprezintă un volum mai mare în ceea ce privește asigurarea microclimatului pe timp de vară/iarnă, respectiv a instalației de climatizare pentru salonul pasagerilor, fapt ce reprezintă un dezavantaj important asupra consumului de energie electrică pentru încălzirea și răcirea «aerului din habitacul autobuzului»."

Primind acest raport, fără a putea fi identificat modul de respectare de către membrii comisiei de evaluare a obligațiilor ce-i revin conform dispozițiilor art. 128 alin. (6) și (7) din HG nr. 395/2016, ignorând cele stabilite de expertul cooptat în legătură cu nerespectarea prevederilor documentației de atribuire, însă reținând doar efectele indicate de expertul cooptat urmare a acceptării unui autobuz cu o înălțime mai mare a compartimentului călători, în procesul-verbal de evaluare nr. 8 (nr. lucrare 56/34308 din 26.02.2024/nr. act (RI18)1135 din 26.02.2024), la pag. 60, achizitoarea a menționat că:

"Analiza raspuns si raport

Comisia de evaluare ia act de raspunsul ofertantului la solicitarile de clarificari cat si de raportul expertului cooptat si constata ca ofertantul trateaza cerinta privind "Înălțime compartiment pasageri" conform caietului de sarcini ca fiind minimala. Intrucat in cuprinsul propunerii tehnice la punctul 55 ofertantul declara : " OTOKAR a analizat cu atenție toate cerințele din Caietul de Sarcini, coroborat cu clarificările autorității contractante și confirmă și se angajează că produsele oferite corespund în totalitate și sunt conforme cu toate aceste cerințe.", comisia de evaluare considera necesar si imperios de a solicita suplimentar cu rol de confirmare lamurirea aspectului sus prezentat:

- Va solicitam sa explicati si sa justificati daca volumul suplimentar de aer din compartimentul de pasageri care trebuie incalzit/racit (datorat inaltimii suplimentare) influenteaza consumul de energie implicit autonomia in conditii reale.

Concluzia – se vor solicita clarificari"

Primind o solicitare în acest sens (întrebarea nr. 2) la data de 26.02.2024, asocierea a răspuns în data de 29.02.2024, după cum urmează:

"Răspuns la Solicitarea de clarificare 2

Clarificăm prin prezenta că autonomia autobuzului ofertat în condiții reale a fost calculată pentru dimensiunile oferite, așa cum se regăsesc în certificatele de omologare atașate la ofertă iar instalațiile de încălzire și climatizare sunt dimensionate pentru a asigura condițiile de mediu solicitate prin caietul de sarcini.

Menționăm că eficiența și consumul instalațiilor de climatizare depinde în mod covârșitor de numărul de pasageri deoarece pasagerii sunt elementele active care trebuie răcite sau încălzite exclusiv prin intermediul aerului din compartimentul de călători, deoarece într-un astfel de autovehicul nu este posibilă încălzire prin surse de caldura radiante."

În procesul-verbal de evaluare nr. 10 (nr. lucrare 56/39345 din 08.03.2024/nr. act (RI18)1187 din 08.03.2024), pag. 7, autoritatea contractantă a reținut că:

"(...) analiza raspuns:

Comisia de evaluare ia act de raspunsul ofertantului la solicitarile de clarificari si constata ca raspunsul este concludent intrucat :

- Comisia de evaluare incadreaza raspunsul in categoria viciilor de forma conform prevederilor art 135 alin 1 si 3 din HG 395/2016, iar completarea are rol de clarificare, nefiind susceptibila de a produce un avantaj incorect in raport cu ceilalti participanti la procedura. Prin raspunsul sau ofertantul si-a dat implicit acordul pentru indreptarea viciului de forma, conform prevederilor art.135 alin 2 din HG 395/2016.

Comisia de evaluare constata ca raspunsul la clarificari este concludent si cerinta indeplinita."

Ulterior, urmare a reevaluării realizate de autoritatea contractantă, în procesul-verbal nr. 13 (nr. lucrare 56/48186 din 27.03.2024/nr. act (RI18)1937 din 27.03.2024), cele stabilite în privința acestei oferte legat de acest aspect, au fost menținute.

Consiliul constată caracterul eronat al rezultatului stabilit de autoritatea contractantă în legătură cu situația existentă.

Astfel, Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă s-a aflat în fața unui răspuns neconcludent cu privire la nerespectarea uneia dintre cerințele exprese de gabarit stabilite în documentația de atribuire în privința autobuzului dorit a se achiziționa, aceasta a acceptat ca și concludent un răspuns care nu face dovada îndeplinirii cerinței în discuție și nu arată că neconcordanța constatată în evaluarea ofertei ar fi rezultatul vreunei erori ori omisiuni, ci din contră, că valoarea acestei specificații este cea regăsită în ofertă.

Prin documentația de atribuire autoritatea contractantă a impus, fără echivoc, ca înălțimea maximă a compartimentului pentru călători să fie de 2.100 mm. Prin urmare, nicio ofertă care nu respectă această condiție nu poate fi declarată conformă și admisibilă.

Această condiție, alături de toate celelalte impuse de achizitoare în cadrul documentației de atribuire, caiet de sarcini și anexe, a determinat/condiționat nu numai posibilitatea participării operatorilor economici la procedura de atribuire, dar și alegerea tipului de autobuz ofertat.

Autoritatea contractantă nu poate ca, pe calea solicitării de clarificări, să stabilească existența unor avantaje ce decurg din nerespectarea unei cerințe din documentația de atribuire. Dincolo de determinarea existenței unor astfel de avantaje, achizitoare este obligată, mai întâi la a fi consecventă propriilor cerințe, obligații, limitări și performanțe, impuse prin

documentația de atribuire, și abia mai apoi este chemată la a identifica astfel de "avantaje" și dacă ele pot fi cuantificate sau nu în vreun fel, funcție de criteriul de atribuire stabilit și factorii de evaluare aferenți.

Cu toate acestea, deși a fost evidentă nerespectarea limitelor impuse prin documentația de atribuire în legătură cu înălțimea compartimentului pentru călători, autoritatea contractantă a solicitat clarificări.

În cazul de față, dacă prima dintre solicitările de clarificări este una ce decurge din drepturile și obligațiile conferite de legiuitor achizitoarei pentru a asigura o evaluare completă și temeinică a ofertei asocierii, cea de a doua este o încălcare a prevederilor legale și ale propriilor prevederi din documentația de atribuire, reprezentând o încălcare a prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantajarea asocierii declarată câștigătoare fiind incontestabilă.

Inclusiv conținutul solicitării de clarificări nu este în legătură cu cerința în analiză și a cărei îndeplinire este constatată, în final, a fi realizată, iar a considera că reprezintă un viciu de formă nerespectarea unei specificații tehnice, confirmată prin clarificări de ofertant, nu poate fi acceptat.

Potrivit art. 135 din HG nr. 395/2016, invocat de autoritatea contractantă în stabilirea concluziei răspunsului primit și a îndeplinirii cerinței, legiuitorul a stabilit că:

"(1) În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă 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."

Niciuna din aceste prevederi nu-i permit autorității contractante să considere că neîndeplinirea unei specificații tehnice poate fi apreciată ca fiind un viciu de formă, dimpotrivă achizitoarea trebuia să constate incidența dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, condițiile impuse prin Anexa 2 la formularul Propunere tehnică nefiind îndeplinite, încă de când a primit răspunsul la prima dintre solicitările de clarificări amintite.

Conform răspunsurilor date de ofertant acesta a arătat faptul că nu respectă condiția impusă ca înălțimea compartimentului pentru călători să fie de maxim 2.100 mm, cerință necontestată anterior depunerii ofertelor, motiv pentru care trebuia îndeplinită întocmai, neexistând niciun temei pentru a fi ignorată nerespectarea acestei cerințe, iar o astfel de neconformitate să fie apreciată ca fiind un viciu de formă.

Evaluarea ofertelor trebuie să se realizeze în limitele și condițiile impuse prin documentația de atribuire, cu respectarea prevederilor legale. Ofertanții au obligația respectării acestei documentații de atribuire la elaborarea ofertelor, iar autoritatea contractantă, la rândul ei, nu poate evalua ofertele depuse pe baza altor criterii decât cele stabilite prin documentația de atribuire.

Tocmai modul în care achizitoarea a întocmit documentația de atribuire nu îi permite acesteia o astfel de apreciere, ea fiind cea chemată să stabilească îndeplinirea cerințelor acesteia și nu să stabilească existența unor avantaje dacă acestea nu sunt respectate.

Prin urmare, deși avea cunoștință încă de la data de 26.02.2024 de lipsa de concludență a răspunsului la solicitarea de clarificări dat de asocierea SRL – AS, autoritatea contractată a declarat admisibilă și câștigătoare oferta acesteia, în contra dispozițiilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Pentru aceste motive, Consiliul reține temeinicia criticilor contestatoarei cu privire la modul nelegal de realizare a evaluării de către autoritatea contractantă a ofertei asocierii SRL – AS.

În ceea ce privește criticile contestatoarei formulate în legătură cu nelegalitatea deciziei autorității contractante de a considera admisibilă oferta sp. z. o. o., Consiliul reține, de asemenea, că sunt legate de modul în care sunt îndeplinite cerințele documentației de atribuire de această ofertă și de evaluarea realizată de autoritatea contractantă.

Astfel, contestatoarea formulează critici cu privire la modul de îndeplinire de această ofertă a cerințelor legate de timpul de ridicare-coborâre în repaus.

Prin caietul de sarcini, pag. 8, cap. 3.3.1.2.1 *Sisteme de încărcare*, pct. b) *Specificații minimale ale sistemul de încărcare rapidă (soluția tehnică: pantograf inversat instalat pe stația de încărcare)*, autoritatea contractantă a stabilit printre altele că:

"Timp de ridicare/coborâre (în poziția repaus): maxim 10 secunde."

Verificând lucrările comisiei de evaluare, Consiliul observă că, în procesul-verbal de evaluare nr. 5 (nr. lucrare 56/12747 din 22.01.2024/nr. act (RI18)390 din 22.01.2024), la pag. 25, în legătură cu modul de îndeplinire de către ofertant a acestei cerințe, a fost reținut faptul că, din fișa tehnică prezentată nu rezultă acest timp de ridicare/coborâre.

Prin urmare, autoritatea contractantă, prin adresa nr. lucrare 56/12842 din 22.01.2024/nr. act (RI18)399 din 22.01.2024, a solicitat ofertantului, printre altele, la pct. 3, următoarele:

"3. Va solicitam sa precizati pentru Stațiile de încărcare rapidă ofertate care este timpul de ridicare/coborâre (în poziția repaus), acesta fiind solicitat prin caietul de sarcini la punctul 3.3.1.2 Condiții tehnice eliminarii ale sistemelor de alimentare cu energie electrică pentru acționarea autobuzului cu tracțiune electrică 3.3.1.2.1 Sisteme de încărcare, intrucat nu reiese din fisa tehnica prezentată acest parametru."

La data de 25.01.2024, ... sp. z. o. o. a transmis următorul răspuns în legătură cu acest aspect:

"Timpul de coborare/ridicare al elementului de conectare al statiei de incarcare rapida ofertata este de 15 s."

Primind acest răspuns, expertul cooptat, în raportul întocmit la data de 20.02.2024, a menționat următoarele:

"Evaluarea răspunsului primit:

În urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificări, considerăm că Ofertantul nu respectă condițiile tehnice eliminatorii ale sistemelor de alimentare cu energie electrică pentru acționarea autobuzului cu tracțiune electrică, respectiv:

Timp de ridicare/coborâre (în poziția repaus): maxim 10 secunde."

Având în vedere numărul mare de autobuze și având în vedere că o stație de încărcare rapidă este aferentă unui număr de 3 autobuze, conform Ghidului Solicitantului Componentei 10 Fondul Local, Investiția 1 Mobilitate urbană durabilă, a fost solicitat un timp de ridicare/coborâre (în poziția repaus): maxim 10 secunde cu scopul de a permite un timp mai mic de staționare necesar încărcării rapide.

Rezultatul evaluării:

Considerăm că prin răspunsul oferit, ofertantul nu face dovada îndeplinirii cerințelor din Documentația de atribuire, rezultând că cerința minimă nu este îndeplinită. Astfel, concluzia este aceea că ofertantul nu îndeplinește cerința, oferta fiind considerată neconformă potrivit prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a din HG 395/2016, raportat la prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 (...)"

Primind acest raport, și de această dată, ignorând cele stabilite de expertul cooptat în legătură cu nerespectarea prevederilor documentației de atribuire și obligațiile legale în acest sens, în procesul-verbal de evaluare nr. 9 (nr. lucrare 56/34309 din 26.02.2024/nr. act (RI18)1136 din 26.02.2024), la pag. 31-32, a menționat că:

"Analiza raspuns și raport

Comisia de evaluare ia act de raspunsul ofertantului la solicitarile de clarificari cat si de raportul expertului cooptat si constata ca fata de cerinta solicitata valoarea ofertata este mai mare.

Se vor solicita clarificari pentru a explica din punct de vedere tehnic caracteristica ofertata :

Va solicitam sa explicati cum este indeplinita cerinta referitoare la "Timp de ridicare/coborâre (în poziția repaus): maxim 10 secunde;" pentru pantograful inversat instalat pe stația de încărcare si sa justificati din punct de vedere tehnic parametrul ofertat."

Primind o solicitare în acest sens (întrebarea nr. 2) la data de 26.02.2024, asocierea a răspuns în data de 29.02.2024, după cum urmează:

"Ne cerem scuze pentru informatia partiala transmisa anterior. Pantograful ofertat poate fi setat in mai multe moduri. In modul standard timpul de ridicare/coborare este cel specificat anterior in sa avem confirmarea producatorului echipamentului ca timpul de ridicare/coborare poate fi setat sub 10 secunde fara a afecta alti parametri ai acestuia. Echipamentul livrat va fi setat conform specificatiilor caietului de sarcini."

În procesul-verbal de evaluare nr. 10 (nr. lucrare 56/39345 din 08.03.2024/nr. act (RI18)1187 din 08.03.2024), pag. 8, autoritatea contractantă a reținut că:

"(...) analiza raspuns:

- Comisia de evaluare ia act de raspunsul ofertantului la solicitarile de clarificari si constata ca raspunsul este concludent intrucat :

- Comisia de evaluare incadreaza raspunsul in categoria viciilor de forma conform prevederilor art 135 alin 1 si 3 din HG 395/2016, iar completarea are rol de clarificare, nefiind susceptibila de a produce un avantaj incorect in raport cu ceilalti participanti la procedura. Prin raspunsul sau ofertantul si-a dat implicit acordul pentru indreptarea viciului de forma, conform prevederilor art.135 alin 2 din HG 395/2016.

Comisia de evaluare constata ca raspunsul la clarificari este concludent si cerinta indeplinita."

Ulterior, urmare a reevaluării realizate de autoritatea contractantă, în procesul-verbal nr. 13 (nr. lucrare 56/48186 din 27.03.2024/nr. act (RI18)1937 din 27.03.2024), cele stabilite în privința acestei oferte legat de acest aspect, au fost menținute.

Consiliul constată caracterul eronat al rezultatului stabilit de autoritatea contractantă în legătură cu situația existentă, reținând același mod de lucru al comisiei de evaluare și în privința acestei oferte.

Astfel, pe de o parte, deși la data de 25.01.2024, ofertantul a declarat că timpul în discuție este de 15 secunde, superior limitei maxime admise de 10 secunde, cu ignorarea celor indicate de expertul cooptat, a prevederilor legale incidente în cazul unui răspuns neconcludent, respectiv art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, și cu încălcarea atribuțiilor ce le revin membrilor comisiei de evaluare conform dispozițiilor art. 127 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă solicită o nouă clarificare asupra aceluiași aspect.

Astfel, dacă conduita autorității contractante a fost una diligentă și conformă dispozițiilor legale atunci când a solicitat prima clarificare, tocmai pentru a stabili măsura și modul în care este îndeplinită discuția, lipsind informațiile necesare stabilirii unui rezultat în această privință, a solicita alte clarificări asupra modului în care este îndeplinită aceeași cerință nu reprezintă doar o încălcare a principiilor care stau la baza achizițiilor publice stipulate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ci și a oricărei norme în materia achizițiilor publice în ceea ce privește evaluarea ofertelor.

Răspunsul dat de ofertant nu a fost neclar, incomplet sau ambiguu pentru a putea fi justificată necesitatea solicitării unei noi clarificări pe același aspect.

Mai mult decât atât, dacă prin răspunsul inițial ofertantul a declarat 15 secunde, ulterior, prin cel de al doilea răspuns, acest timp a fost declarat la sub 10 secunde, fără a fi prezentată vreo dovadă în acest sens, fără a exista vreo informație relevantă care să susțină această afirmație, iar autoritatea contractantă încadrează răspunsul în categoria viciilor de formă, fără a putea constata, nici de această dată, că în discuție ar fi o corectare/completare 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, fiind evident că acceptarea răspunsului la această a doua solicitare de clarificări este susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, transformând o ofertă neconformă într-una conformă.

Fără a relua cele stabilite în legătură cu oferta declarată câștigătoare, Consiliul observă că, și în cazul acestei oferte, evaluarea realizată de autoritatea contractantă este contrară prevederilor legale și a propriilor cerințe stabilite prin documentația de atribuire.

Prin urmare, deși avea cunoștință încă de la data de 26.02.2024 de lipsa de concludență a răspunsului la solicitarea de clarificări dat de sp. z. o. o., autoritatea contractantă a declarat admisibilă această ofertă, în contra dispozițiilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Pentru aceste motive, Consiliul constată temeinicia criticilor contestatoarei cu privire la modul de realizare a evaluării de către autoritatea contractantă a ofertei sp. z. o. o.

În consecință, Consiliul observă lipsa de consecvență a autorității contractante în modul în care a utilizat solicitările de clarificări adresate ofertanților, refuzând să-și exercite dreptul conferit de legiuitor în ceea ce privește oferta autoarei contestației și utilizându-l excesiv și nelegal în ceea ce privește ofertele depuse de asocierea SRL – AS și sp. z. o. o.

Cât privește celelalte motive invocate de contestatoare în demonstrarea nerespectării principiului tratamentului egal, Consiliul apreciază de prisos orice analiză a sa, deoarece, indiferent de rezultatul unei astfel de analize, nerespectarea acestui principiu și caracterul nelegale al evaluării realizate de autoritatea contractantă au fost deja stabilite.

Cât privește susținerile achizitoarei referitoare la faptul că a obținut din partea ANAP aviz conform necondiționat, Consiliul nu le poate reține motivat de faptul că singura responsabilă de legalitatea modului de derulare a procedurii este autoritatea contractantă, iar așa cum s-a constatat conduita achizitoarei în realizarea evaluării ofertelor nu a fost una legală, prevederile documentației de atribuire și obligațiile legale nefiind respectate.

În aceste condiții, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestațiile formulate de SRL, și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei SRL, și de declarare admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii SRL – AS, respectiv de declarare admisibilă a ofertei sp. z. o. o., precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește depuse de SRL, de asocierea SRL – AS și de sp. z. o. o.

Contestațiile urmând a fi admise, Consiliul încuviințează în principiu cererile de intervenție formulate de SRL și le va respinge.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge ca nefondate excepțiile inadmisibilității și tardivității contestației formulată de SRL înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40045/26.06.2024, invocate de SRL, precum și excepția de litispendență a acestei contestații invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestațiile formulate de SRL, în contradictoriu cu

Anulează actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei SRL, și de declarare admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii SRL – AS, respectiv de declarare admisibilă a ofertei sp. z. o. o., precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește depuse de SRL, de asocierea SRL – AS și de sp. z. o. o.

Încuviințează în principiu și respinge cererile de intervenție înaintate de SRL.

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

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 75 pagini.

Redactată practica deciziei