

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

DECIZIE

Nr. 1078/C9/1023

Data: 24.05.2022

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de asocieria reprezentată legal de baza procurii notariale nr. 40623/08.12.2020, având funcția de manager licitații, și convențional de ..., cu sediul profesional în ..., unde solicită și comunicarea actelor de procedură, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 30134/18.04.2022 și a raportului procedurii de atribuire nr. 24/4310/18.04.2022, emise în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată de calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect, cod CPV 45233100-0 Lucrări de construcții de autostrăzi și de drumuri (Rev.2), *LOT 1 Dumbrava-Mizil km 0+000 – km 21+000*, s-a solicitat: anularea raportului procedurii nr. 24/4310/ 18.04.2022 și a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 30134/ 18.04.2022, precum și a tuturor actelor procedurii anterioare, concomitente și/sau subsecvente comunicării rezultatului și raportului procedurii, prin care oferta depusă de către asocieria formată din a fost declarată admisibilă și câștigătoare; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și reevaluarea ofertei depuse de asocieria prin considerarea caracterului inacceptabil și neconform al acesteia în raport de informațiile și documentele neconforme și insuficiente depuse în dovedirea cerințelor minime obligatorii ale documentației de atribuire; anularea raportului procedurii și a tuturor actelor procedurii anterioare, concomitente și/sau subsecvente comunicării rezultatului și raportului procedurii, sub aspectul considerării admisibile a anumitor elemente ale ofertei depuse de către asocieria formată din ..., având în vedere caracterul inacceptabil și neconform al acestora, aspecte suplimentare motivului de descalificare reținut de autoritatea contractantă în raportul procedurii; obligarea autorității contractante la constatarea ofertei depuse de asocieria ca fiind inacceptabilă și neconformă și în raport de informațiile și documentele neconforme și insuficiente depuse în dovedirea cerințelor

minime obligatorii ale documentației de atribuire, aspecte suplimentare motivului de descalificare reținut de autoritatea contractantă în raportul procedurii; accesul la dosarul achiziției, în baza prevederilor 19 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 242/12.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 24642/13.05.2022, ...", cu sediul profesional în ... de intervenție voluntară prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației ca neîntemeiată.

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

Prin Încheierea nr., dosarul nr. 773/2022, aferent lotului 2, a fost disjuns de dosarul nr. aferent lotului 1, din cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic asocierea prin liderul asocierii .., critică rezultatul procedurii, solicitând cele precizate în p.....ea introductivă a deciziei.

... arată că, în urma solicitării accesului la dosarul achiziției, autoritatea contractantă i-a îngrădit în mod nelegal dreptul de acces și, în consecință, dreptul la apărare, în speță neexistând și nefiindu-i pus la dispoziție niciun probatoriu care să justifice confidențialitatea în bloc a întregii documentații, mai ales în ceea ce privește documentele de calificare și cele emise de însăși autoritatea contractantă în procesul de evaluare privind întreaga documentație de ofertare a acestei asocieri.

Subliniază faptul că obstrucționarea accesului la oricare document depus și/sau în legătură cu evaluarea documentației de calificare și a ofertei asocierii ...ste vădit contrară dispozițiilor legislației achizițiilor publice.

Menționează că i-a fost permisă prezentarea la sediul autorității contractante pentru a studia un număr minimal de informații din dosarul achiziției publice, însă, cu referire la oferta asocierii .. i s-a acordat accesul la nicio informație/niciun document depus de aceasta și/sau privind documentația depusă. În acest sens, în data de 21.04.2022, reprezentanții asocierii s-au prezentat la sediul autorității contractante și au observat că a confidențializat inclusiv documentele de calificare, DUAЕ, documente justificative față de informațiile din DUAЕ, solicitări de clarificare ale autorității contractante față de DUAЕ,

răspunsurile la clarificări și orice alt document (e.g., procese verbale ale autorității contractante, rapo.....e ale experților etc.), fapt ce maschează de fapt declararea în bloc a ofertei ca fiind confidențială, în sens contrar prevederilor din legislație.

Prin urmare, apreciază că formularul nr. 6, declarație privind informațiile din propunerea tehnică, elementele financiare și/sau fundamentarea/justificarea prețurilor/costurilor, transmise de ofertant, care au caracter confidențial, cel mai probabil depus singular (cu justificări minimale) de către asocierea ...în procedură este întocmit nelegal, cu depășirea atât a cadrului legal, cât și chiar a conținutului acestui formular, fiind o declarare în bloc a confidențialității întregii oferte depuse de asocierea Pizzarotti, fără a dovedi și/sau proba în vreun fel caracterul confidențial al documentelor de calificare și ofertei sale (tehnice și/sau financiare).

În continuare, contestatoarea atrage atenția asupra a două aspecte: denaturarea concurenței/conflict de interese.

1. Susține inacceptabilitatea ofertei asocierii ...în perspectiva incidenței 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, întrucât subcontractantul Institutul de Arheologie Vasile Pârvan se află într-un vădit caz de denaturare a concurenței și conflict de interese, care impune obligativitatea excluderii din procedură.

Subcontractantul ales de către asocierea ... cum rezultă din structurile de p.....icipare ce pot fi vizualizate conform informațiilor publice de la adresa <https://www.e-licitatie.ro/pub/procedure/statement/view/100144824>) a elaborat Studiul arheologic din faza Studiului de Fezabilitate, astfel cum poate fi observat din extrasul Studiului arheologic atașat în anexa nr. 6, documentație care, ulterior, a stat la baza întocmirii documentației de atribuire, în susținere contestatoarea invocând cap. 3.17 Investigații arheologice, din specificații.

Prin urmare, dat fiind faptul că Institutul de ... a p.....icipat la elaborarea documentației de atribuire, îl face să fie incompatibil cu calitatea de subcontractant în cadrul ofertelor depuse de p.....icipanți, deoarece acest institut cunoștea anterior lansării procedurii de atribuire informații care conduc la denaturarea concurenței, având acces la mai multe date pe baza cărora cel puțin asocierea și-a elaborat oferta, contestatoarea invocând prevederile 7 alin. (1) din HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

... a îndeplinit atât rolul de elaborator al Studiului arheologic, prin care a făcut o diagnosticare arheologică, cât și de subcontractant în oferta

asocierii i, ca responsabil cu activități de arheologie preventivă, conform caietului de sarcini, calitate cu care acesta era deja familiar dintr-o fază anterioară lansării procedurii.

În plus, în cuprinsul studiului întocmit de Institutul de Arheologie Vasile Pârvan, au fost propuse sume pentru devizul contractului de cercetare arheologică preventivă pentru tocmai activităților de arheologie preventivă, raportat la procentul minim declarat de aceasta cu privire la această activitate subcontractată. Astfel, sumele propuse de Institutul de ... poate observa în anexa nr. 6 sunt similare celor incluse în oferta asocierii ... privind la activitățile de arheologie preventivă, raportat la valorificarea în procentul de 0,08% din valoarea estimată a contractului.

Prin urmare, consideră că, prin p.....iciparea inițială a Institutului de Arheologie Vasile Pârvan la întocmirea documentației de atribuire, iar ulterior, ca subcontractant în oferta asocierii ..-au încălcat prevederi ale legislației achizițiilor publice, conturate în jurul unei vădite distorsionări a concurenței și posibil și a unui conflict de interese.

În susținere, invocă prevederile 57 alin. (4) lit. f) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, transpuse prin dispozițiile 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, ... 1 alin. (2) și (3) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea susține că, din analiza raportului procedurii, nu reiese că autoritatea contractantă ar fi efectuat vreo astfel de analiză privind inexistența unui conflict de interese sau, după caz, a unui caz de distorsionare a concurenței, având în vedere p.....iciparea în calitate de subcontractant a institutului de specialitate care a întocmit Studiul arheologic și în baza căruia a fost elaborată o p.....e a documentației de atribuire.

În susținerea celor precizate mai invocă și practica judiciară, cu titlu exemplificativ Hotărârea nr. 188/2020 din 09/03/2020 pronunțată de Curtea de Apel Oradea - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, precum și practica Consiliului.

2. Contestatoarea mai arată că oferta asocierii interese, care impune obligativitatea excluderii din procedură, fiind incidente prevederile 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, coroborat cu 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, raportat la nominalizarea în structura de p.....icipare a aceluiași subcontractant, Institutul de și de către asocierea procentul de subcontractare indicat de aceasta fiind identic cu cel declarat de asocierea Pizzarotti (tot 0.08%), criticile expuse *supra* devin incidente și cu privire la oferta acestei asocieri.

Prin urmare, în considerarea celor expuse, solicită Consiliului să constate necesitatea excluderii din procedură a Asocierii având în vedere p.....iciparea anterioară a subcontractantului Institutul de Arheologie Vasile Pârvan la întocmirea documentației de atribuire, respectiv a studiului arheologic care a stat la baza întocmirii cerințelor tehnice și financiare în procedură, solicitând adiacent Consiliului să constate inacceptabilitatea ofertei asocierii .

Susține și caracterul incomplet și, în consecință, neconform al ofertei asocierii ub aspectul neîndeplinirii cerinței din clauza 28 din condițiile generale și clauza II.1.15 din specificații tehnice, respectiv descrierea prețului punctul GI.14 - investigații arheologice.

Oferta asocierii incompletă și, în consecință, neconformă sub aspectul neîndeplinirii cerinței privind asigurarea investigațiilor arheologice și asistenței arheologice până la finalizarea lucrărilor.

În primul rând, conform punctului GI.14, ofertanții trebuiau să prezinte pentru această activitate arheologică o sumă forfetară, așadar, pentru toată activitatea ce urmează a fi desfășurată, cât și pentru resursele tehnice și umane implicate de aceasta.

Procentul alocat de asocierea din valoarea propunerii financiare, reprezentând aprox. 117.484.004,40 lei raportat la valoarea propunerii financiare indicată în raportul procedurii, însă raportându-se la procentul alocat de către contestatoare acestor activități - i.e., 0.34% din valoarea propunerii financiare, în conformitate cu oferta detaliată de subcontractantului nominalizat respectiv, Muzeul Olteniei Craiova, apare o diferență ce nu poate fi una de diferențiere a tarifelor oferite în piață de furnizori de asemenea servicii, ci doar de elemente de cantitate și calitate a obiectului acestor investigații, a resurselor și serviciilor alocate acestora.

Arată că oferta sa, indicată în cadrul punctului GI.14, aferentă acestor activități arheologice, cuprinde atât costurile implicate de parcurgerea tuturor etapelor de investigare arheologică (i.e., diagnostic, cercetare preventivă situri cunoscute din raport, supraveghere arheologică, cercetare preventivă eventuale situri descoperite la diagnostic), cât și asistența tehnică, dar și cele aferente personalului, echipamentelor/utilajelor și serviciilor topografice necesare derulării acestor activități.

Precizează că, în mod uzual în piața serviciilor de investigare arheologică, entitățile calificate să presteze asemenea servicii, nu oferă decât expertiza personalului propriu calificat în domeniu arheologic, fără însă a deține sau a pune la dispoziție personal necalificat absolut necesar lucrărilor pentru săpături, echipamentele tehnice (e.g. excavatoare, mașini transport, containere) și nici servicii externe de documentare topografică a lucrărilor arheologice efectuate. Fără aceste elemente,

ofertele financiare au aparent un cost mai mic, dar nu conduc în fapt la realizarea obiectivului arheologie dorit fără contractare de servicii/echipamente/lucrări suplimentare în absența cărora nicio lucrare arheologică nu se poate realiza.

Or, în măsura în care oferta asocierii ... aferent activităților subcontractate Institutului de ... nu conține, pe lângă costul aferent părții de investigare și asistență tehnică, și mijloacele logistice (echipamente/utilaje, personal), topografie și prelucrarea datelor topografice etc., cu identificarea corespunzătoare, în cazul fiecărui sit, a numărului de echipamente/utilaje, personal implicate, nu se poate susține că este o ofertă completă, care să acopere cerința, oferta sa tehnică devenind neconformă.

2. Contestatoarea susține că oferta asocierii ...ste incompletă și, în consecință, neconformă sub aspectul neîndeplinirii cerinței privind asigurarea investigațiilor arheologice și asistentei arheologice până la finalizarea lucrărilor.

Astfel, raportat la nominalizarea în structura de p.....icipare a aceluiași subcontractant, Institutul de Arheologie Vasile Pârvan, și de către asocierea', procentul de subcontractare indicat de aceasta fiind identic cu cel declarat de asocierea (tot 0.08%), criticile expuse devin incidente și cu privire la oferta acestei asocieri.

Prin urmare, solicită Consiliului să constate caracterul incomplet și, în consecință, neconform al ofertei asocierii iacente ce trebuiau estimate a fi implicate în vederea efectuării investigațiilor arheologice și asistentei tehnice până la finalul lucrărilor.

O altă critică adusă ofertei declarată câștigătoare o reprezintă faptul că oferta tehnică nu este corelată cu oferta financiară, ceea ce duce la inacceptabilitatea ofertei.

Astfel contestatoarea susține că oferta asocierii ..ste inacceptabilă sub aspectul necorelării ofertei tehnice cu cea financiară în privința activităților execuție de pod.

În acest sens, arată că graficul de execuție, respectiv Graficul Gantt, nu este corelat cu oferta financiară a acestei asocieri, astfel, că în secțiunea referitoare la activitățile de execuție de pod, atât cu privire la „0+000 Pasaj superior peste DJ 101F și CF 804”, cât și la „1+157 Pod peste autostrada A3, pe Breteaua 1, la Nod A3”, asocierea ...nu a luat în considerare și, implicit, nu a detaliat împărțirea subactivităților necesare desfășurării corecte și complete a acestor activități, contestatoarea invocând prevederile

..... 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016, solicitând Consiliului să constate modul de prezentare deficitar al celor două execuții de lucrări din graficul de execuție.

Astfel, susține că pasajul fiind un element esențial în executarea contractului în prezenta procedură, aspect critic în executarea conformă a contractului la nivelul calitativ solicitat de către autoritatea contractantă, era necesar să se subdivizeze în primul rând lucrările de fundație și plăcile, pentru o imagine clară asupra modului în care sunt prezentate datele la care urmează să fie executată fiecare fundație și fiecare placă în p.....e, pentru a urma o cronologie logică în construcția acestor pasaje.

În al doilea rând, în măsura în care această subdiviziune nu este detaliată în graficul de execuție, oferta financiară nu reflectă în mod real costul activităților, riscând ca, la momentul execuției, costul să fie mult mai mare decât cel reflectat în oferta financiară actuală, contestatoarea considerând că lipsa perioadelor aferente fazelor intermediare între execuția piloților, fundațiilor plăci și construcția stâlpilor duce la o imposibilitatea de a avea o imagine clară asupra duratei și a costurilor reale de execuție.

Neincluzând aceste intervale de timp și neavând o imagine clară asupra execuției, graficul efectiv de execuție va fi mai mare, ceea ce va determina automat și o prelungire a termenului în finalizarea activității prezentate și un cost mai ridicat, ce nu se poate reflecta într-o ofertă financiară deficitară. Toate acestea pot duce la ajustări majore de prețuri și chiar la o reziliere contractuală, impunându-se astfel constatarea neconformității ofertei asocierii

În al treilea rând, susține că astfel de erori (cum este necorelarea sub- activităților cu durată reală a contractului) afectează de asemenea nivelul de competiție, întrucât o durată mai mare a contractului ar fi atras și alți p.....icipanți la procedura de atribuire, ceea ce ar face ca autoritatea contractantă să se afle în imposibilitatea de a mai adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute de Legea nr. 98/2016.

Totodată, precizează că oferta asocierii B. este inacceptabilă sub aspectul necorelării ofertei tehnice cu cea financiară în privința activităților execuție de pod, indicând faptul că aceasta nu a detaliat împărțirea sub-activităților necesare desfășurării corecte și complete a acestor activități.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 22960/05.05.2022.

Prin adresa nr. 242/12.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 24642/13.05.2022, asocieria depune cerere de intervenție prin care susține că prezenta contestație este netemeinică și nelegală, impunându-se respingerea ei. În susținerea solicitării, intervenienta prezintă detaliat argumente care consideră că atrag netemeinicia criticilor din contestație.

Prin adresa nr. 24/... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestație.

Astfel, cu privire la critica privind refuzul nejustificat de acordare a accesului la întreaga documentația depusă de asocierea autoritatea contractantă o consideră nefondată și neîntemeiată invocând prevederile 57 alin. (1), ... 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016,

..... 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ... 19 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016 și prevederile Legii nr. 11/1991, precum și jurisprudența CJUE și a Consiliului cu privire la asigurarea confidențialității de către autoritatea contractantă pe parcursul derulării procedurii.

Cu privire la critica privind denaturarea concurenței/conflict de interese precizează că studiul arheologic întocmit de către .. a fost p.....e integrantă din Studiul de Fezabilitate, care a fost încărcat în SICAP, fiind pus la dispoziția ofertanților încă de la demararea procedurii de achiziție publică, astfel că toți ofertanții au avut acces la aceleași informații referitoare la Studiul de Fezabilitate și documentelor și studiilor emise de către Institutul de Arheologie "Vasile Pârvan", cercetarea arheologică la faza studiului de fezabilitate fiind realizată de către Institutul de Arheologie ..., conform legislației de patrimoniu, a avut protocol de colaborare cu Muzeul Județean Buzău, conform Ordinului nr. 2562/2010, ... I, alin. (1), (2), modificat și completat prin Ordinul nr. 2178/2010.

Conform raportului de diagnostic arheologic, care îi are ca semnatori pe arheologi ai Institutului de Arheologie Vasile Pârvan și ai Muzeului Județean Buzău, aceștia sunt responsabilii cercetării arheologice conform Autorizațiilor de cercetare (acte oficiale) emise de către Ministerul Culturii pentru cercetarea realizată pe tronsonul obiectivului de infrastructură. Prin urmare, cercetarea arheologică se supune prevederilor Ordinului nr. 20171/2000 care garantează *dreptul cercetătorului de a continua o săpătură arheologică începută de el și dreptul de proprietate intelectuală al cercetătorilor.*

Prin urmare, consideră că nu există o situație de inacceptabilitate a ofertei depuse de asocierea ...

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației cu privire la aspectele de denaturare a concurenței, considerând nefondate și neîntemeiate criticile.

În privința asocierii, arată că aceasta a fost respinsă, motivele fiind detaliate în raportul procedurii.

... aspectul neîndeplinirii cerinței din clauza 28 din condițiile generale și clauza II.1.15 din Specificații tehnice, respectiv descrierea prețului punctul GI.14 Investigații arheologice", precizează că cerința

privind asigurarea investigațiilor arheologice și asistenței arheologice până la finalizarea lucrărilor este asigurată, costurile acesteia fiind acoperite în integralitate, după cum urmează: costurile cu personalul calificat (experții din cadrul Institutului de Arheologie) din G.I.14, iar costurile cu echipamente/utilaje și personal necalificat din Lista de cantități nr. 3 - Terasamente.

Asocierea ... %, față de 0,08% în cazul de asociere) - ... în cadrul G.I.14 toate costurile privind cercetarea arheologică și supravegherea, în vreme ce doar costurile cu personalul calificat de la Institutul de Arheologie, restul costurilor fiind incluse după cum a precizat anterior.

Astfel, autoritatea contractantă precizează că nu se află într-o situație de neconformitate a ofertei depuse de Asocierea ..., pe cale de consecință, solicită respingerea contestației cu privire la această critică.

Referitor la necorelarea ofertei tehnice cu cea financiară a ofertei declarată câștigătoare, autoritatea contractantă precizează că, în cadrul propunerii tehnice prezentate de către, se regăsesc informații privind sub-activitățile necesare desfășurării activităților de execuție pod, după cum urmează:

- „Pod pe DC84A peste autostrada km 1+45” pag. 27 din 482 din fișierul „01 F 4A.I-II-III.pdf

- „Nod Dumbrava” pag 61 din 482 din fișierul „01 F 4A.I-II-III.pdf se detaliază activitățile aferente „Pod peste autostrada A3, pe Breteaua 1, la Nod A3”.

În cadrul propunerii financiare, Anexa 1 la Formularul nr. 7 - Listele de cantități, se regăsesc următoarele informații:

„ Centralizator (...)

2 LUCRĂRI DE PODURI 484.010.738,05

16.1 Pod peste autostrada A3 pe breteaua 1, la nord de A3 km 1+157

84.206.449,48

16.2 Pod pe breteaua 3 la nord de A3 KM 0+678 14.582.201,17

16.3 Pod peste DJ101F și CF804 km0+000 165.020.423,43

16.4 Pod peste valea Vitmanu km 1-036 10.090.999,48

16.5 Pod pe DC 84A peste autostrada km 1+457 10.994.652,20

Totodată, în cadrul anexei nr. 1 la formularul nr. 7, sunt detaliate toate listele de cantități, inclusiv listele nr. 16.1, 16.3 și 16.5, în conformitate cu modelul de Liste de cantități puse la dispoziție în cadrul documentației de atribuire.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că propunerea tehnică este corelată cu propunerea financiară și în ceea ce privește activitățile: „Pod peste autostrada A3 pe breteaua I, la nord de A3 km 1+157”, „Pod peste DJ101F și CF804 km0+000” și „Pod pe DC84A peste

autostrada km 1+457", nefiind o situație de neconformitate a ofertei depuse de Asocieria Pizzarotti.

Ținând cont de cele prezentate, solicită respingerea contestației cu privire la această critică.

Referitor la criticile privind oferta asocierii Bprecizează faptul că aceasta a fost exclusă din cadrul procedurii, motivele fiind detaliate în cadrul raportului procedurii de atribuire nr. 24/4310/ 18.04.2022 și, prin urmare, criticile nu sunt fundamentate.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 25776/19.05.2022, asocieria L a depus concluzii scrise.

Prin Încheierea nr. 1176/C10/773 din 28.04.2022, a fost admisă cererea de abținere formulată de domnul consilier de soluționare a contestațiilor în cadrul completului 9, în dosarul nr. 773/2022. Dosarele 773 și 1023 fiind conexe, rămân aplicabile în prezenta cauză cele dispuse prin încheierea amintită.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, cod CPV 45233100-0 *Lucrări de construcții de autostrăzi și de drumuri (Rev.2), lot 1 „Dumbrava-Mizil km 0+000 – km 21+000”, ...* în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, conform anunțului de p.....icipare nr. CN1031451/01.06.2021, publicat în SICAP. Din informațiile anunțului de p.....icipare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează a se atribui este de 5.062.311.668,11 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este „*Cel mai bun raport calitate-preț*”, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 16.09.2021, ora 15:00.

Nemulțumită de rezultatul procedurii pentru lotul 1, comunicat în data de 18.04.2022, asocieria contestația în analiză.

.. constituit cauțiunea în sumă de 2.000.000,00 lei, conform prevederilor 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208025216/1, eliberată de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 02.05.2022.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de Consiliul, văzând că are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea ei, fiind ofertant declarat câștigător prin raportul procedurii de atribuire nr. 24/4310/18.04.2022, în conformitate cu 64 din Codul de procedură civilă, o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante. Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de

dispozițiile coroborate ale 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acesteia având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își prezerve acest status printr-o intervenție în procesul care se po.....ă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esență intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală – în interes propriu – ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători, ceea ce este lipsit de interes.

Trecând la soluționarea contestației, formulată în cadrul procedurii de asocierea A.S., ca aspect preliminar soluționării contestației, Consiliul va analiza aspectele legate de accesul la dosarul cauzei și declararea confidențială a întregii oferte de către asocierea Impresa Pizzarotti, în contextul invocării de către contestatoare a refuzului nejustificat la această ofertă.

Astfel, în Formularul 6 "Declarație privind informațiile din PROPUNEREA TEHNICĂ, elementele din PROPUNEREA FINANCIARĂ și/sau fundamentarea/justificarea prețurilor/costurilor transmise de ofertanți, care au caracter confidențial", asocierea a declarat, între altele:

Oferta tehnică este dependentă de secretele comerciale/cercetările/ know-how-ul fiecărei societăți, astfel încât dezvăluirea acestor informații dobândite prin zeci de ani de experiență ar afecta nu doar concurența dar s-ar încălca și secretul comercial astfel încât acest lucru ar permite ca terțe persoane (competitori în această piață restrânsă cum este proiectarea și executarea infrastructurii feroviare) să se folosească de aceste informații în vederea p.....icipării la alte proceduri prezente/viitoare (dezvăluirea acestor informații încurajând astfel p.....icipări fictive la proceduri de atribuire a competitorilor doar pentru a obține secretele comerciale/know-how-ul/rezultatul cercetărilor unor societăți de prestigiu cu o vastă și îndelungată experiență).

Așadar, informațiile cuprinse în Propunerea tehnică și documentele depuse suplimentar față de Propunerea tehnică și Propunerea Financiară în cadrul tuturor secțiunilor din SEAP, cum ar fi: documentele de calificare, DUAE, documentele justificative față de informațiile din DUAE etc. sunt protejate de secretul comercial/dreptul de proprietate intelectuală, reprezentând know-how-ul/rezultatul cercetărilor societăților membre ale asocierii dobândit prin ani de experiență, precum și a negocierilor purtate cu p.....enerii cu care am realizat această asociere, aspecte care sunt protejate de secretul comercial.

În legislația românească secretul comercial este definit prin Legea 11/1991- reprezintă 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;

protecția secretului comercial operează atât timp cât condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite în mod cumulativ, iar în cazul de față acestea sunt îndeplinite.

Directiva 2016/943 a Parlamentului European și a Consiliului din 08.06.2016 definește, la 2 punctul 1 secretul comercial:

"informațiile care îndeplinesc cerințele următoare:

- sunt secrete în sensul că nu sunt, ca întreg sau astfel cum se prezintă sau se iclează elementele acestora, cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză;
- au valoare comercială pentru faptul că sunt secrete;
- au făcut, obiectul unor măsuri rezonabile, în circumstanțele date, luate de către persoana care deține în mod legal controlul asupra informațiilor respective, pentru a fi păstrate secrete".

Totodată, Codul fiscal definește „know-how-ul” (secretul comercial) ca orice informație cu privire la experiența industrială, comercială sau științifică care este necesară pentru fabricarea unui produs sau pentru aplicarea unui proces existent și a cărei dezvăluire către alte persoane nu este permisă fără autorizația persoanei care a furnizat această informație; în măsura în care provine din experiență, know-how-ul reprezintă ceea ce un producător nu poate ști din simpla examinare a produsului și din simpla cunoaștere a programului tehnicii.

Ținând cont de definițiile mai sus prezentate, considerăm că punerea la dispoziție a informațiilor din cadrul propunerii tehnice și financiare sau a oricăror informații divulgate autorității contractante pe parcursul evaluării (cum ar fi răspunsul la solicitările de clarificări sau chiar solicitările de clarificări care fac trimitere și cuprind în conținutul acestora informațiile declarate confidențiale din cadrul ofertei) care fac p.....e din cadrul secretelor comerciale, unei terțe persoane (și mai ales unui ofertant într-o procedură încă în derulare) ne prejudiciază interesele legitime deoarece un concurent poate să descopere, să dezvolte și să utilizeze în mod liberă aceeași formulă utilizată de Asocieria noastră pentru realizarea cerințelor din caietul de sarcini în cele mai bune condiții tehnico-economice și de calitate.

Toate aceste informații nu sunt cunoscute în mod uzual de către niciun terț, iar divulgarea acestora ar aduce atingere atât secretului comercial cât și dreptului de proprietate intelectuală.

De altfel, potrivit jurisprudenței CJUE asigurarea confidențialității de către autoritatea contractantă pe parcursul derulării procedurii se prelungește și în căile de atac, toți p.....icipanții în oricare dintre etapele derulării unei proceduri (fie înainte, fie după decizia de stabilire a ofertei câștigătoare) având obligația de a respecta confidențialitatea informațiilor, în temeiul relațiilor de încredere stabilite între acestea și ofertantul p.....icipant la procedură. În cadrul acestor raporturi, ofertanții trebuie să poată comunica orice informații utile pentru desfășurarea procedurii, fără a se teme că autoritatea va dezvălui unei terțe părți informații a căror divulgare i-ar putea prejudicia. - Hotărârea Curții din 14 februarie 2008 Cauza C-450/06 Varec S. A. C. Etat Beiege, în prezența Diehl Remscheid GmbH & Co., organismul responsabil cu soluționarea respectivei căi de atac fiind și acesta obligat să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protejarea intereselor legitime ale operatorilor economici.

Orice concluzie contrară ar putea duce la situația în care unii operatori economici ar promova calea contestației de la scopul imediat - de a încerca eliminarea celorlalți p.....icipanți la procedură - până la distorsionarea gravă a concurenței prin p.....iciparea la anumite proceduri și promovarea contestațiilor/p.....iciparea la procedură exclusiv pentru a afla anumite informații sau date confidențiale cu privire la concurenții de pe piață - Hotărârea Curții din 24 iunie 1986 cauza (C-53/85 Chemie UK Ltd c. Comisia Comunităților Europene).

De asemenea, documentele cuprinse în cadrul ofertei sunt elaborate în cadrul societăților membre ale asocierii de către personal specializat, special atestat pentru acest lucru și cuprind informații cu privire la strategia membrilor asocierii, modul de îndeplinire a cerințelor tehnice, dotare, tehnologii ce determină costuri optimizate etc. Toate aceste informații sunt prezentate și detaliate în conformitate cu realitatea, dezvăluirea lor încălcând

dreptul la proprietate intelectuală și secretul comercial, creând o competiție neloială față de operatorii economici ce au dobândit aceste lucruri în urma experienței și investițiilor în ceea ce privește know-how-ul propriu.

Așadar, declarăm ca fiind confidențiale toate documentele pe care le-am enumerat pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și/sau dreptul de proprietate intelectuală dar și pentru a proteja datele cu caracter personal ale persoanelor pe le-am nominizat în cadru ofertei, sau contractele încheiate cu aceste persoane fizice.

În atare situație, nu suntem de acord cu prezentarea, divulgarea, copierea, multiplicarea sau reproducerea de către alți ofertanți/terți fără aprobarea în scris de la societățile membre ale asocierii.

Mai mult, elaborarea ofertei financiare are ca fundament informații din oferta tehnică, având în vedere că formarea prețurilor ofertate este direct dependentă de studiile de piață realizate, de ofertele emise de diverși operatori economici, de furnizorii cu care membrii asocierii sunt în relații de colaborare (colaborare care este declarată confidențială având în vedere că astfel de relații comerciale reprezintă secret comercial). O astfel de abordare pe care o regăsim și la nivel european este fundamentată pe considerentul că relația comercială a unei societăți cu p.....enerii săi (ex. furnizorii) este rezultatul unei colaborări de lungă durată în urma căreia se obțin o serie de facilități privind prețul, termenul de livrare, prioritatea față de stoc/comenzi etc., aspecte care sunt protejate de confidențialitatea rapo.....elor comerciale (secretul comercial).

Oferta financiară cuprinde Informații cu privire la costurile activităților prezentate în propunerea tehnică și cuprinde costurile din ofertele prezentate în propunerea tehnică. Practic propunerea financiară reprezintă un rezumat financiar al celor invocate în propunerea tehnică lucru care este protejat de secretul comercial cu atât mai mult cu cât acest domeniu este un domeniu concurențial restrâns în care fiecare operator economic are modalitatea proprie de a-și reduce cheltuielile, astfel încât să prezinte o ofertă cât mai avantajoasă, Or, dacă s-ar permite accesul la aceste informații, care, practic, determină unicitatea fiecărei oferte, ar însemna că s-ar permite dezvăluirea unor secrete comerciale care ar afecta activitatea membrilor asocierii și s-ar crea un dezavantaj așa cum am arătat anterior.

În atare situație, nu suntem de acord cu prezentarea, divulgarea, copierea, multiplicarea sau reproducerea documentelor/informațiilor din cuprinsul ofertei și/sau solicitările de clarificări/răspunsurile la solicitările de clarificări de către alți ofertanți/terți fără aprobarea în scris de la societățile membre ale asocierii.

Așadar, informațiile pe care le-am declarat confidențiale conțin informații nepublice privind societățile membre ale asocierii secrete tehnice sau comerciale ale societăților membre ale asocierii, informații privind strategiile comerciale ale societăților membre ale asocierii, date și documente privind tehnologiile de execuție, know-how-ul și tehnologia procesului pe care societățile membre ale asocierii le dețin și le implementează, sistemele interne de management și asigurare a calității, surse de materiale, rate de productivitate, relații de afaceri, date aferente furnizorilor și a unor terțe părți, costurile achiziționării produselor sau serviciilor, care nu pot fi divulgate fără a fi afectat secretul comercial și concurența.

Toate aceste date și informații nu sunt cunoscute la nivel general sau ușor accesibile persoanelor din cercurile care se ocupă, în mod normal, de tipul de informații în cauză, făcând obiectul unor măsuri rezonabile de protecție, luate de către societățile membre ale asocierii, pentru a fi păstrate secrete.

Așadar, așa cum am arătat anterior, am dovedit și justificat de ce aceste informații sunt protejate de dreptul de proprietate/secretul comercial/informații cu caracter personal, astfel încât divulgarea acestor informații declarate confidențiale ar avea consecințe prejudiciabile asupra intereselor membrilor asocierii, motiv pentru care solicităm să nu fie divulgate către terțe persoane fără aprobarea noastră.

Prin cererea de intervenție, asocierea ..., referitor la întocmirea nelegală a Formularului 6, a afirmat următoarele:

Așa cum am precizat anterior, Autoritatea contractantă a stabilit prin documentația de atribuire (necontestată în acest aspect nici de Asocieria nici de alt operator economic) obligația ofertanților de a completa și transmite odată cu oferta Formularul nr. 6, denumit Declarație privind informațiile din propunerea tehnică, elementele financiare și/sau fundamentarea/justificarea prețurilor/costurilor, transmise de ofertanți, care au caracter confidențial, în aplicarea directă a prevederilor 21 alin. (2) din Directiva 2014/24, precum și ale 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. Așadar, forma de probă aleasă de către autoritatea contractantă în vederea susținerii caracterului confidențial al ofertei, stabilită procedural, a fost declarația pe proprie răspundere, motivată, a fiecărui operator economic.

Subscrisa, în respectarea obligației de a depune, împreună cu oferta, orice documente/formulare/declarații solicitate în mod expres prin documentația de atribuire, a întocmit, semnat și transmis în mod corespunzător Formularul nr. 6, cu respectarea atât a cerințelor de formă cât și a celor de fond impuse pentru valabilitatea acestuia.

Asocieria, fără indicarea niciunei temei legal sau prevăzut de către documentația de atribuire și încălcat de către subscrisa, susține în mod netemeinic și neargumentat că Subscrisa și-ar fi întocmit în mod nelegal Formularul nr. 6.

Așa cum se poate analiza din conținutul Formularului nr. 6 depus de Subscrisa, acesta nu încalcă nicio cerință obligatorie stabilită de lege sau de documentația de atribuire, nici în ceea ce privește forma nici în ceea ce privește fondul.

În considerarea caracterului complet neprobat și neargumentat al criticilor Asocierii privind Formularul nr. 6, acestea se impune a fi tratate ca simple alegații cu caracter calomnios, ce nu au vocația de a obține nicio formă de efect juridic.

Cu luarea în considerare a declarației de confidențialitate prezentate, precum și a faptului că documentele întocmite de autoritatea contractantă s-a considerat că au în conținut informații din documentele asocierii, aceasta a asigurat accesul la dosarul achiziției, cu excepția documentelor amintite.

O astfel de conduită a achizitoarei nu poate fi sancționată de Consiliu, câtă vreme legislația a urmărit asigurarea unei protecții a informațiilor cuprinse în ofertele operatorilor economici, informații pe care aceștia le pun la dispoziția organizatorilor în cadrul procedurilor de atribuire.

Autorității contractante îi revine sarcina de a păstra confidențialitatea informațiilor, accesul la acestea urmând a fi asigurat într-o manieră care să nu determine divulgarea unor astfel de informații.

În acest sens, în Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza *Varec*, C-450/06, invocată și de autoritatea contractantă, 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, ...icolul 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, ...icolul 7 alineatul (1) și icolul 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 icolul 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 icolul 113 alineatul (2) din acesta, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute. Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin

normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare (Hotărârea din 29 ianuarie 2013, Cosepuri/EFSA,

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

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

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

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

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

51 Prezenta cauză trebuie examinată în lumina acestor principii.

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

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

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

susținute de reclamantă, nu se poate deduce din această hotărâre că privește numai o cerere de acces la ansamblul ofertelor ofertanților, iar nu o cerere de acces doar la oferta ofertantului reținut.

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

de lucru ale acestuia, la know-how-ul său, la organizarea sa internă, la costurile sale

și la prețurile propuse.

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

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

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

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

(...)

Și practica constantă a Consiliului este în a considera că incumbă autorității contractante obligația de a asigura păstrarea confidențialității documentelor astfel declarate de ofertanți și protejarea acestora de eventualele prejudicii determinate de o divulgare a lor celorlalți participanți la procedură.

Totodată, se reține că, în aplicarea dispozițiilor 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căreia La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară 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. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă, Consiliul a pus la dispoziția asocierii documentele din dosarul constituit, cu excepția celor declarate confidențiale făcând parte din propunerea tehnică și financiară. Considerând că, în procesele-verbale de evaluare și în raportul procedurii de atribuire, acte întocmite de achizitoare, precum și în formularul DUA și acorduri de asociere sau alte documente de calificare, nu se regăsesc informații semnificative a căror dezvăluire să conducă la

prejudicierea ofertanților, s-a asigurat accesul contestatoarei la aceste documente.

În aceeași cauză Varec, C-450/06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, s-au stabilit următoarele:

39 *Desigur, aceste dispoziții vizează conduita autorităților contractante. Totuși, se impune să se recunoască faptul că efectul util al acestora ar fi grav compromis dacă, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, toate informațiile privind această procedură de atribuire ar trebui, fără nicio limitare, puse la dispoziția autorului acestei acțiuni și chiar a altor persoane, precum intervenienții.*

40 *Într-un asemenea caz, simpla introducere a unei căi de atac ar da acces la*

informații care ar putea fi utilizate pentru a denatura concurența sau pentru a aduce atingere intereselor legitime ale operatorilor economici care au participat la procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție. O astfel de posibilitate ar putea chiar stimula operatorii economici să introducă acțiuni doar în simplul scop de a obține acces la secretele comerciale ale concurenților lor.

(...)

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

44 *Se pune problema dacă această interpretare este conformă noțiunii de proces echitabil în sensul articolului 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 (denumită în continuare „CEDO”).*

45 *Într-adevăr, după cum reiese din decizia de trimitere, Varec a invocat în fața*

Conseil d'État că dreptul la un proces echitabil implică garantarea caracterului contradictoriu al oricărei proceduri judiciare, că principiul contradictorialității reprezintă un principiu general de drept, că își găsește temeiul în articolul 6 din CEDO și că acest principiu implică dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de toate înscrisurile sau observațiile prezentate instanței pentru a influența decizia acesteia și pentru a le discuta.

46 *În această privință, trebuie subliniat că articolul 6 alineatul (1) din CEDO prevede, printre altele, că „[o]rice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil,*

în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță

independentă și imparțială [...]”. Potrivit jurisprudenței constante a Curții Europene a Drepturilor Omului, caracterul contradictoriu al unei proceduri reprezintă unul dintre elementele care permit să se aprecieze caracterul echitabil al acesteia, însă poate fi pus în balanță cu alte drepturi și interese.

47 Principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta. Cu toate acestea, în anumite cazuri, poate fi necesar ca anumite informații să nu fie comunicate părților pentru a putea garanta drepturile fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Rowe și Davis împotriva Regatului Unit din 16 februarie

2000, Recueil des arrêts et décisions 2000- II, § 61, și Hotărârea V. împotriva

Finlandei din 24 aprilie 2007, nepublicată încă în Recueil des arrêts et décisions, § 75).

(...)

50 În sfârșit, menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței citate la punctul 47 din prezenta hotărâre.

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

52 Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin

analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C- 438/04, Rec., p. I- 6675, punctul

40) și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul icolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53 În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54 Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29).

55 Prin urmare, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că icolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, coroborat cu icolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36, trebuie interpretat în sensul că organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la icolul 1 alineatul (1) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul icolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.

În același sens s-a reținut și în Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

De asemenea, este de amintit Hotărârea Curții din 7 septembrie 2021 - „Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB în cauza

C-927/19, (pct. 113-136) și pct. 137 Având în vedere considerațiile care

precedă, trebuie să se răspundă la a patra, a opta și a noua întrebare că:

– icolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și icolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, precum și icolul 21 din Directiva 2014/24, citit în lumina principiului general de drept al Uniunii la o bună administrare, trebuie interpretate în sensul că o autoritate contractantă, sesizată de un operator economic cu o cerere de comunicare a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în oferta unui concurent căruia ia fost atribuit contractul, nu este obligată să comunice aceste informații atunci când transmiterea lor ar conduce la încălcarea normelor de drept al Uniunii referitoare la protecția informațiilor confidențiale, chiar dacă cererea operatorului economic este prezentată în cadrul unei căi de atac a aceluiași operator privind legalitatea aprecierii de către autoritatea contractantă a ofertei concurentului. Atunci când refuză să transmită asemenea informații sau când, odată cu formularea unui astfel de refuz, respinge calea de atac administrativă formulată de un operator economic cu privire la legalitatea aprecierii ofertei concurentului în cauză, autoritatea contractantă este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului la bună administrare și dreptul concurentului la protecția informațiilor confidențiale, așa încât decizia sa de refuz sau decizia sa de respingere să fie motivată, iar dreptul la o cale de atac eficientă de care beneficiază un ofertant respins să nu fie lipsit de efect util;

3/30/22, 6:19 PM CURIA – Documents

[https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&p.....=1&occ=first&mode=lst&page)

[docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&p.....=1&occ=first&mode=lst&page](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&p.....=1&occ=first&mode=lst&page)
Index=0... 30/35 – icolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și icolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, precum și icolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina icolului 47 din c.....ă, trebuie interpretate în sensul că instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante prin care se

refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia ia fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia. În acest scop, instanța menționată, care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative, dacă acestea sunt nelegale, și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.

Astfel, Consiliul, considerând susținerile contestatoarei legate de caracterul confidențial al documentelor respective lipsite de temei, nu a permis accesul la acele informații declarate confidențiale din propunerea tehnică și financiară, dat fiind faptul că a fost îndeplinită procedura stabilită de legiuitor la 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv *În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.*

Trecând la soluționarea fondului contestației, Consiliul constată că petenta critică decizia de desemnare admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii Impresa Pizzarotti, precum și oferta aspecte legate de denaturarea concurenței și/sau conflict de interese.

Astfel fiind, Consiliul va analiza criticile referitoare la denaturarea concurenței din perspectiva p.....icipării ca subcontractant în cadrul ofertei asocierii desemnate câștigătoare a Institutului de Arheologie "Vasile Pârvan", institut care a elaborat studiul arheologic.

S-a susținut că, în cuprinsul studiului întocmit de Institutul de Arheologie "Vasile Pârvan" au fost propuse sume pentru devizul contractului de cercetare arheologică preventivă pentru siturile supuse Procedurii, sume sunt similare cu cele din oferta Asocierii tocmai activităților de arheologie preventivă, raportat la procentul minim declarat de aceasta cu privire la această activitate subcontractată. Astfel, sumele propuse de Institutul de Arheologie "Vasile Parvan" în septembrie 2020, data elaborării Studiului arheologic, astfel cum se poate observa în Anexa nr. 6 sunt similare celor incluse în oferta cu privire la activitățile de arheologie preventivă, raportat la valorificarea în procentul de 0,08% din valoarea estimată a contractului.

S-a adăugat că, prin p.....iciparea inițială a Institutului de Arheologie "Vasile Pârvan" la întocmirea Documentației de atribuire, iar ulterior, ca subcontractant în oferta Asocierii Pizzarotti, s-au încălcat prevederi ale legislației achizițiilor publice, conturate în jurul unei vădite distorsionări a concurenței și posibil și a unui conflict de interese (...).

(...) implicarea Institutului de Arheologie "Vasile Pârvan" în întocmirea Studiului de fezabilitate pentru investiția obiect al procedurii de atribuire din prezenta cauza este de natură să distorsioneze concurența, deoarece cunoașterea aspectelor tehnice

si economice reale ale investiției, dobândite ca urmare a întocmirii Studiului arheologic al prezentei Proceduri, permite ofertantului/ofertanților care a/au declarat acest specialist ca subcontractant, prin însăși această cunoaștere, să propună valori semnificativ inferioare față de toți ceilalți ofertanți care nu au cunoscut din timp respectivele detalii.

Prin cererea de intervenție, s-au adus următoarele contraargumente la cele afirmate de contestatoare:

(...)

Astfel, sumele ofertate de activitatea de arheologie preventivă nu sunt inferioare, cum pretinde contestatoarea, ci identice cu cele cuprinse în cadrul Studiului de Fezabilitate, studiu pus la dispoziția tuturor operatorilor economici p.....icipanți la procedură, astfel cum rezultă expres din mențiunile regăsite la fila 37 din documentul intitulat Specificații - Execuție lucrări autostrada Ploiești-Buzău. Lot 1.

(...)

Așa cum se poate observa din extrasele prezentate mai sus din Studiul arheologic ce a fost publicat în SICAP ca anexă la Studiul de Fezabilitate (la rândul său, anexă la documentația de atribuire a Procedurii), toți operatorii economici interesați puteau lua act de faptul că valoarea estimată a lucrărilor de arheologie preventivă pentru toate cele 4 situri era în quantum total de 740.000 lei (=125.000 + 210.000 + 130.000 + 275.000).

..... în mod calomnios și neprobat prin nimic că utilizarea de către Subscrisa ca subcontractor a institutului ce a realizat în trecut Studiul arheologic (anexă la Studiul de Fezabilitate) este de natură să denatureze competiția pentru că, așa cum susține contestatoarea, "cunoașterea aspectelor tehnice și economice reale ale investiției (...) permite ofertantului care a declarat acest specialist ca subcontractant, prin însăși această cunoaștere, să propună valori semnificativ inferioare față de toți ceilalți ofertanți care nu au cunoscut din timp respectivele detalii."

..... nu probează nicăieri ce fel de aspecte "tehnice și economice" ar fi cunoscut Subscrisa, atât timp cât întreg Studiul arheologic a fost comunicat tuturor celor interesați în SICAP.

Presupunând, prin absurd, că Subscrisa ar avea astfel de informații secrete, Asocierea pretinde că acest fapt denaturează concurența pentru că ar permite Subscrisei să propună în ofertă pentru activitățile de cercetare arheologică preventivă asumate niște valori semnificativ mai mici (față de cele cunoscute de ceilalți ofertanți din Studiul Arheologic), ca să obțină un pretins avantaj competitiv la ofertare. Această ipoteză absurdă are doar o consecință evidentă, faptul că Subscrisa a ofertat pentru componenta de cost care include, printre altele, și cercetarea arheologică preventivă, o valoare mai mică decât cea estimată în Studiul arheologic, profitând chipurile de informațiile secrete deținute de institut.

Subscrisa nu a ofertat pentru componenta cercetare arheologica preventiva valori "semnificativ inferioare" așa cum pretinde, ci a ofertat exact sumele estimate în Studiul arheologic, în baza ofertei de servicii pe care Institutul Arheologic Vasile Pârvan a propus-o Subscrisei în pregătirea p.....icipării la Procedură (nediscriminatoriu și nepersonalizat, așa cum rezultă din formularea acesteia).

În acest sens, din Oferta (Anexa nr. 1) transmisă de către Institutul Arheologic Vasile Pârvan către Subscrisa în vederea pregătirii ofertei, se poate observa faptul că aceasta reia în mod identic sumele propuse în studiul de arheologie (fără niciun discount sau tratament comercial mai favorabil, justificat sau nu de preținse informații despre proiect cunoscute doar de el), sume comunicate public deja prin Studiul

arheologic tuturor operatorilor economici, fapt pentru care nu se poate pune problema existenței unui avantaj a Subscrisei ca urmare a subcontractării cu Institutul.

Prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă a arătat că Studiul arheologic întocmit de către INSTITUTUL DE ARHEOLOGIE ..., a fost p.....e integrantă din cadrul Studiului de Fezabilitate, care a fost încărcat în SICAP, fiind pus la dispoziția ofertanților încă de la demararea procedurii de achiziție publică ce face obiectul prezentei contestații, astfel că toți ofertanții au avut acces la aceleași informații referitoare la Studiul de Fezabilitate și documentele și studiile emise de către ... studiului de fezabilitate a fost realizată de către Institutul de Arheologie Vasile Pârvan, care, conform legislației de patrimoniu, a avut protocol de colaborare cu Muzeul Județean Buzău, și, conform Ordinului 2562/2010, ... 1, alin. (1), (2), modificat și completat prin Ordinul 2178/2010:

„(1) Cercetarea arheologică se realizează de către instituțiile organizatoare numai pe baza autorizațiilor emise de către Ministerul Culturii și Patrimoniului Național, prin Direcția de specialitate, potrivit legii.

(2) (...) prin instituție organizatoare a cercetării arheologice, denumită în continuare instituție organizatoare, se înțelege instituția de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior care are calitatea de proprietar, administrator ori titular al altor drepturi reale asupra terenului pe care se află situl arheologic sau care este solicitată să efectueze cercetarea arheologică pe terenuri aferente unor obiective investiționale, în baza unui contract. "

Conform raportului de diagnostic arheologic, care îi are ca semnatori pe arheologi ai Institutului de Arheologie Vasile Pârvan și a Muzeului Județean Buzău, aceștia sunt responsabili cercetării arheologice conform autorizațiilor de cercetare (acte oficiale) emise de către Ministerul Culturii pentru cercetarea realizată pe tronsonul obiectivului de infrastructură. Prin urmare, cercetarea arheologică se supune prevederilor OMC nr. 20171/30.06.2000 care garantează "dreptul cercetătorului de a continua o săpătură arheologică începută de el și dreptul de proprietate intelectuală a cercetătorilor".

Față de cele de mai sus, un prim aspect care trebuie lămurit este legat de faptul că ceea ce a realizat Institutul de .." a fost Studiul de arheologie, care a stat la baza studiului de fezabilitate, chiar contestatoarea depunând, în anexa 6 la contestație, documente din care rezultă că lucrările de diagnostic arheologic au fost realizate de institut, toate documentele întocmite fiind puse la dispoziția operatorilor economici.

Vizavi de sumele alocate pentru cercetarea arheologică preventivă, în cuprinsul intervenției și anexa la aceasta (anexa 1 – oferta din p.....ea Institutului adresată societății, au fost evidențiate sumele respective care corespund cu cele din studiul arheologic, sume care au fost cunoscute operatorilor economici urmare publicării studiului arheologic în SEAP. De asemenea, însăși contestatoarea a depus în extras (anexa 6) studiul arheologic din cadrul studiului de fezabilitate, cu evidențierea aceluiași sume.

În privința unei eventuale distorsionări a concurenței prin p.....iciparea la întocmirea *studiului de fezabilitate* de către un ofertant, s-au pronunțat instanțele de judecată, în acest sens amintim:

- decizia civilă nr. 687 din 6 august 2009, pronunțată de Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, în cuprinsul căreia s-au reținut, între altele: Ofertanta asociată a întocmit studiul de fezabilitate ce face p.....e integrantă din documentația de atribuire. Studiul a reprezentat una dintre piesele scrise ale documentației de atribuire pusă la dispoziția tuturor ofertanților, astfel încât toți p.....icipanții au elaborat ofertele pornind de la aceleași informații. Prin urmare, respectiva ofertantă asociată nu a beneficiat de niciun avantaj informațional față de ceilalți p.....icipanți, însă dacă ar fi beneficiat de un asemenea avantaj, autoritatea avea posibilitatea de a îi respinge oferta;

- decizia civilă nr. 189 din 21 ianuarie 2010, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în cuprinsul căreia s-au reținut, între altele: Petenta a susținut că DC SRL a elaborat studiul de fezabilitate în baza căruia s-a întocmit tema de proiectare și execuție a lucrărilor suspuse licitației, motiv pentru care p.....iciparea în cadrul și declararea drept câștigătoare a ofertei în care asociat apare SC DC SRL este de natură a distorsiona grav concurența, invocându-se încălcarea 66 și 67 din ordonanță. Potrivit acestor dispoziții, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale. Persoana fizică sau juridică, în calitate de operator economic, de a fi ofertant, ofertant asociat sau subcontractant, dar numai în cazul în care implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire nu este de natură să distorsioneze concurența. Prin urmare, ofertantul asociat, chiar dacă a elaborat studiul de fezabilitate, avea dreptul să p.....icipe la licitație, sub condiția ca implicarea sa în elaborarea documentației să nu fie de natură să distorsioneze concurența. Or, nu există nicio dovadă în acest sens; faptul de a elabora studiul de fezabilitate nu prezumă distorsionarea concurenței, acest aspect urmând a fi dovedit;

- decizia nr. 1534 din 6 iulie 2011, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în cuprinsul căreia s-au reținut, între altele: Crearea avantajului concurențial nu a fost conferit de faptul întocmirii studiului de fezabilitate. Susținătorii acestei teorii operează cu o serie de presupuneri, chiar procese de intenție, care nu sunt în acord cu reglementarea concretă privind conflictul de interese și, în cazul în care s-ar susține probator, ar plasa autoritatea contractantă pe tărâmul fraudei;

- decizia nr. 2763 din 9 decembrie 2011, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, în cuprinsul căreia s-au reținut, între altele: (...) ceea ce trebuie stabilit în primul rând este dacă p.....iciparea la procedură a asocierii ... în final a și câștigat licitația - a fost de natură a distorsiona concurența, având în vedere că cea din urmă instituție, p.....e a asocierii, a întocmit studiul de fezabilitate care a stat la baza elaborării documentației de atribuire.

Verificarea se impune prin prisma dispozițiilor 67 din ordonanță, care permite p.....iciparea la procedură, în calitate de operator economic, a persoanei care a contribuit la elaborarea documentației de atribuire, cu condiția ca implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire să nu fie de natură să distorsioneze concurența. Cu privire la acest aspect, Consiliul a considerat că p.....iciparea la procedură respectă prescripțiile legii și nu există indicii privitoare la o eventuală favorizare a acestuia, ori o denaturare a concurenței.

Curtea a constatat că argumentele Consiliului cu privire la acest aspect nu sunt solide. Astfel, se afirmă că studiul de fezabilitate pe baza căruia s-a întocmit documentația de atribuire a fost realizat în anul 2005, fără nicio legătură cu procedura care face obiectul contestației. O atare afirmație conține un non-sens, deoarece legătura cu procedura în litigiu o constituie tocmai faptul că documentația de atribuire ce a stat la baza acesteia a fost elaborată pe baza studiului de fezabilitate, iar elementul temporal, respectiv perioada de timp scursă între data întocmirii studiului și data publicării anunțului în SEAP nu constituie un motiv temeinic de înlăturare a acestei legături.

Prin anunțul de p.....icipare li s-a comunicat celor interesați că valoarea estimată a lucrărilor este de 89.085.911 lei, valoare rezultată din actualizarea sumei estimate de 68.745.174 lei stabilită prin studiul de fezabilitate întocmit de. În pofida faptului că evaluase această lucrare la 68.745.174 lei în 2005, asocierea din care face p.....e instituția respectivă ofertează, 6 ani mai târziu, ca preț, o valoare cu mult inferioară acesteia, fără ca pentru această discrepanță să existe o justificare rezonabilă, în condițiile în care între timp valoarea respectivă a crescut ca urmare a fenomenului inflaționist. Mai mult decât atât, criteriul determinant pentru câștigarea licitației de către asocierea în cauză l-a constituit tocmai oferta financiară. Or, nu este nerezonabil a se presupune că informația privind prețul estimat a constituit un reper pentru toți ceilalți candidați în stabilirea ofertelor financiare, de altfel acesta fiind și rolul estimării puse la dispoziția lor prin intermediul documentației de atribuire. Raportându-se la valoarea estimată, despre care și Consiliul admite că este supraevaluată, ceilalți candidați au fost în dezavantaj față de asocierea din care a făcut p.....e autorul estimării și care a avut la dispoziție datele pe baza cărora se putea stabili o valoare mai apropiată de cea reală. Independent de poziția subiectivă a candidatului respectiv ori a autorității contractante și indiferent de cauza care a generat respectiva situație, acest dezavantaj afectează egalitatea de șanse de care trebuie să dispună toți p.....icipanții la procedură și concurența onestă care trebuie să caracterizeze raporturile dintre ei, ceea ce face să nu fie îndeplinită condiția negativă prevăzută la 67 din ordonanță.

Și în jurisprudența Curții Europene de Justiție p.....iciparea la procedură a persoanei care a efectuat anumite lucrări pregătitoare a fost analizată prin prisma respectării celor două principii mai sus enunțate, al egalității de tratament și al promovării concurenței loiale între agenții economici. Astfel, în cauzele conexe C-21/03 și C-34/03 Fabricom SA contra Belgiei, Curtea de la Luxemburg a pornit de la premisa că o persoană care a fost abilitată să efectueze cercetări, experimente, studii ori prognoze în legătură cu lucrări, bunuri sau servicii referitoare la un contract de achiziții publice nu este în mod necesar în aceeași situație în ceea ce privește p.....iciparea la procedura de atribuire a acestui contract ca o persoană care nu a efectuat astfel de lucrări. Într-adevăr, o persoană care a p.....icipat la unele lucrări pregătitoare poate fi în avantaj la momentul formulării ofertei sale, ținând seama de informațiile cu privire la contractul de achiziții publice în cauză, pe care le-a primit ori le-a dobândit cu ocazia efectuării acelor lucrări. Cu toate acestea, toți ofertanții trebuie să aibă egalitate de șanse în elaborarea ofertelor lor (a se vedea în acest sens Hotărârea C-87/94 Comisia împotriva Belgiei [1996], p. 1-2043, punctul 54).

În plus, acea persoană poate fi într-o situație care poate da naștere la un conflict de interese, în sensul că aceasta, chiar fără a avea intenția de a face acest lucru, în cazul în care ea însăși este un ofertant pentru contractul de achiziții publice în cauză poate influența condițiile contractului într-o manieră favorabilă sieși. O astfel de situație ar putea să denatureze concurența între ofertanți.

De aceea, Curtea, învestită cu soluționarea prezentului litigiu, a constatat că elementul intențional, ori mai degrabă pretinsa lipsă a acestuia, constatată de Consiliu și furnizată drept contraargument susținerilor contestatoarei, nu are relevanță asupra concluziei referitoare la denaturarea concurenței. Cum denaturarea concurenței s-a produs în raporturile cu toți p.....icipanții și a afectat întreaga procedură, prin încălcarea unor principii ce ar fi trebuit să stea la temelia acesteia, Curtea a constatat că remedierea situației nu poate avea loc decât în condițiile anulării procedurii, în baza 285 alin. 1 lit. d) din ordonanță, întrucât cele trei criterii de atribuire nu pot fi privite independent, ci sunt într-o strânsă interdependență unul cu celălalt, astfel că viciul de nelegalitate cu privire la unul dintre ele se răsfrânge și asupra celorlalte;

- decizia civilă nr. 7805 din 29 septembrie 2014, pronunțată de Curtea de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, în cuprinsul căreia s-au reținut, între altele: Referitor la analiza pe fond a deciziei Consiliului atacate în prezenta cauză, Curtea reține că în mod corect s-a constatat că autoritatea contractantă a procedat nelegal la respingerea ca neconformă a ofertei depuse de asocierea, pe considerentul că asociatul .. s-a aflat în conflictul de interese reglementat de 67 din ordonanță, întrucât a p.....icipat la întocmirea studiului de fezabilitate care face p.....e integrantă din documentația de atribuire a contractului de achiziției publice, precum și la întocmirea răspunsurilor la solicitările de clarificări, situație de natură a-i crea acestuia un avantaj în raport cu ceilalți p.....icipanți la procedură. (...)

Autoritatea contractantă avea obligația de a proceda la o evaluare faptică pentru a stabili dacă implicarea SC D SRL în elaborarea documentației de atribuire era sau nu de natură să distorsioneze concurența, ținând cont de datele concrete, respectiv de faptul că, în speță, procedura de atribuire avea drept criteriu "prețul cel mai scăzut", ceea ce înseamnă că nu prezenta relevanță proiectul tehnic decât în măsura în care respecta cerințele autorității contractante.

De asemenea, mai este de observat faptul că, astfel cum susține și autoritatea contractantă și cum a reținut și Consiliul, studiul de fezabilitate întocmit de SC D SRL a fost atașat în integralitate documentației de atribuire, astfel încât nu se poate vorbi despre o distorsionare a concurenței, eventualul avantaj teoretic al asocierii SC SCT SRL – SC D SRL constând în elaborarea mai rapidă a proiectului tehnic, aspect care, însă, nu ar avea ca finalitate atribuirea contractului, întrucât rezultatul procedurii era influențat exclusiv de prețul cel mai scăzut.

Este adevărat că, raportat la acest studiu de fezabilitate, p.....icipanții la procedură au formulat solicitări de clarificări către autoritatea contractantă, iar aceasta, prin intermediul comisiei tehnice, a elaborat răspunsurile ținând cont și de lămuririle oferite de autorul studiului de fezabilitate, dar, atâta vreme cât studiul de fezabilitate a fost publicat în integralitate și nu există un criteriu de atribuire care să conțină factori cum ar fi "termenul de elaborare a proiectului tehnic", nu se poate reține un avantaj în procedură pentru asocierea .

Curtea mai reține că factorii de natură economică cuprinși în studiul de fezabilitate se referă exclusiv la costurile de execuție pe metru pătrat, ținând cont de cele două variante tehnice propuse, stabilind o valoare totală a investiției eșalonată pe doi ani ce se adresează exclusiv beneficiarului pentru atragerea surselor necesare finanțării și care, de altfel, a și fost publicată la secțiunea privind obiectul contractului, nefiind de natură a influența prețul ofertei, care presupune luarea în considerare a tuturor costurilor executantului în realizarea acestei lucrări, care a cuprins nu numai o p.....e de execuție, ci și o p.....e de proiectare.

Curtea concluzionează că soluția Consiliului prin care s-a procedat la anularea deciziei de respingere a ofertei depuse de .. este legală și temeinică, urmând a fi menținută.

Cum s-a arătat și în decizia nr. 2763 din 9 decembrie 2011, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, și jurisprudența CJUE (Cauzele C-21/03 și C-34/03 Fabricom SA contra Belgiei) a statuat în sensul că Directiva 92/50 și, în special, ...icolul 3 alineatul (2) din aceasta, Directiva 93/36 și, în special, ...icolul 5 alineatul (7) din aceasta, Directiva 93/37 și, în special, ...icolul 6 alineatul (6) din aceasta, precum și Directiva 93/38 și, în special, ...icolul 4 alineatul (2) din aceasta, se opun unei reglementări (...) prin care persoanei care a fost însărcinată să realizeze cercetarea, experimentele, studiile sau dezvoltarea în legătură cu lucrări, bunuri sau servicii publice nu i se permite să aplice în vederea p.....icipării ori depunerii unei oferte pentru acele lucrări, bunuri sau servicii și prin care respectivei persoane nu i se asigura oportunitatea de a proba că, în circumstanțele situației sale, experiența pe care a dobândit-o nu este în măsură să conducă la distorsionarea competiției.

De asemenea, este de amintit jurisprudența CJUE invocată de intervenientă: Hotărârea Tribunalului din 12 m.....ie 2008, Cauza T-345/03

Evropaïki Dynamiki împotriva Comisiei Comunităților Europene: (71) În această privință, Tribunalul amintește că, recent, Curtea a statuat că Directiva 92/50, precum și celelalte directive privind atribuirea de contracte de achiziții publice se opun unei norme naționale potrivit căreia nu se admite depunerea unei oferte pentru un contract de achiziții publice de lucrări, de bunuri sau de servicii de către un ofertant care fusese însărcinat cu cercetarea, cu experimentarea, cu studiul sau cu dezvoltarea acestor lucrări, bunuri sau servicii, fără a i se lăsa posibilitatea de a face proba că, în împrejurările din speță, experiența pe care o dobândise astfel nu putea să denatureze concurența (Hotărârea Curții din 3 m.....ie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, Rec., p. I-1559, punctul 36). (72) Dacă, potrivit hotărârii menționate, chiar cunoașterea extraordinară dobândită de un ofertant ca urmare a lucrărilor direct legate de pregătirea procedurii de atribuire a contractului în cauză chiar de către autoritatea contractantă nu putea, așadar, să determine excluderea automată a acestuia de la procedura respectivă, p.....iciparea acestuia trebuia să fie cu atât mai puțin exclusă în cazul în care această cunoaștere extraordinară se datorează numai p.....icipării, în colaborare cu autoritatea contractantă, la pregătirea cererii de ofertă; hotărârea Curții din data de 18 octombrie 2001 SIAC Construction Ltd împotriva Consiliului Local al Districtului Mayo în Cauza C-19/00; Hotărârea Curții din 17 m.....ie 2005 AFCon Management Consultants și alții împotriva Comisiei Comunităților Europene în Cauza T-160/03.

Așadar, întreaga jurisprudență este în a considera că nu poate fi interzisă p.....iciparea la procedură a operatorilor economici care au p.....icipat în vreun fel la pregătirea documentației de atribuire, dimpotrivă autoritatea contractantă trebuie să ia măsurile necesare, astfel încât toți p.....icipanții să beneficieze de aceleași criterii.

Într-adevăr, cum au arătat și curțile de apel, ofertanții chiar dacă au elaborat studiul de fezabilitate, au dreptul să p.....icipie la licitație, **sub condiția ca implicarea în elaborarea documentației să nu fie de natură să distorsioneze concurența.** (...) faptul de a elabora studiul de fezabilitate **nu prezumă distorsionarea concurenței, acest aspect urmând a fi dovedit.**

Societatea contestatoare nu a demonstrat că a fost distorsionată concurența prin p.....iciparea la procedură a asocierii împreună cu subcontractantul Institutul de Arheologie care a întocmit studiul arheologic, având în vedere că studiul întocmit de institut a fost pus la dispoziția tuturor operatorilor economici, aspect, de altfel, recunoscut și de petentă.

Contestatoarea u a adus vreo dovadă că asocierea câștigătoare ar fi beneficiat de vreun avantaj informațional în raport cu ceilalți p.....icipanți la procedură. Nu au fost evidențiate aspectele "tehnice și economice" pe care le-ar fi cunoscut ofertanta și care i-ar fi permis elaborarea ofertei într-o manieră în care să conducă la câștigarea de către aceasta a procedurii.

Vizavi de valorile ofertate pentru cercetările arheologice, cum a arătat și intervenienta, acestea au fost publicate în studiu și se regăsesc și în oferta de preț transmisă de institut asocierii vreme propunerea financiară a avut la bază o ofertă a institutului din 29.07.2021, nu se poate susține că trebuia ignorată respectiva ofertă sau că trebuia pusă la îndoială de către ofertant, achizitoare sau Consiliu.

Potrivit prevederilor 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: f) p.....iciparea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe.

Cele invocate de contestatoare nu conduc la concluzia că, prin modul de întocmire a ofertei, a fost distorsionată concurența.

Vizavi de criticile aduse prețului pentru punctul GI.14 Asigurarea investigațiilor arheologice și a asistentei tehnice arheologice până la finalizarea Lucrărilor, potrivit Clauzei 28 din Condiții Generale si Clauza.II.1.15 din Specificații tehnice icile Generale, intervenienta a explicat că, în prețul pentru punctul amintit, a inclus activitățile care vor fi realizate exclusiv prin intermediul subcontractantului declarat (institutul de arheologie), având în vedere specialitate acestuia. Oferta a fost întocmită pe baza ofertei de preț a institutului.

În punctul său de vedere, autoritatea contractant a explicat că prețul a inclus costurile cu personalul calificat al institutului, restul

costurilor fiind incluse în Lista de cantități nr. 3 – Terasamente (echipamente/utilaje, personal necalificat).

Activitățile specifice fiind realizate prin intermediul subcontractantului de specialitate, ofertantul nu avea motive să includă în această categorie costuri suplimentare celor cerute de institut.

Prin concluziile scrise, petenta a prezentat comparativ costurile diferite diagnostic arheologic intruziv, cercetarea arheologică preventivă și supraveghere arheologică, în varianta în care ar fi incluse doar costurile pe care le-a cuprins intervenienta și în varianta cuprinzând costurile totale, cu diferențele corespunzătoare.

Or, astfel cum a arătat și intervenienta, raportat la cerințele din documentația de atribuire, operatorii economici urmau a include activitățile realizate de subcontractantul de specialitate, în cazul câștigătoare, Institutul de Arheologie „Vasile Pârvan”.

Sușinerile contestatoarei că subcontractantul de specialitate arheologică nu oferă decât expertiza personalului propriu calificat au fost considerate adevărate și de către intervenientă, însă spre deosebire de contestatoare, intervenienta a apreciat că, la pct. GI.14, nu intrau activitățile vizând săpăturile cu personalul necalificat și cu utilajele/echipamentele.

Se observă din detalierea ofertei transmisă de institut asocierii Pizzarotti că toate activitățile care se regăsesc în documentația de atribuire sunt cuprinse în ofertă cu costurile aferente.

Vizavi de posibilitatea identificării ulterioare a unor situri și care nu sunt incluse în ofertă, se reține că, atât timp cât nu există o certitudine în privința acestora, ofertanta nu avea motive să includă costuri suplimentare în propunerea financiară. Prețul estimativ de 35 lei/mp investigat a fost prevăzut pentru situația descoperirii unor situri noi, or, aceasta este o situație ipotetică, nefiind prevăzută obligația includerii în ofertă a costurilor pentru alte situri decât cele deja descoperite.

În ceea ce privește neseriozitatea, dar și nerelevanța costurilor din oferta institutului, invocate de contestatoare prin concluziile scrise, se reține că aceasta este o ofertă asumată de subcontractant, utilizată de asociere în întocmirea propunerii financiare, prin urmare, autoritatea contractantă nu o putea ignora. Este constantă practica Consiliului în a aprecia că o ofertă de preț reprezintă o justificare pertinentă a propunerii financiare, care nu poate fi pusă la îndoială, câtă vreme nu sunt depuse dovezi că este falsă sau neasumată de subcontractant. Existând o ofertă de preț pentru categoriile de servicii în discuție nu există motive pentru a nu fi avută în vedere în evaluarea ofertei.

O altă critică formulată de asocierea necorelarea propunerii tehnice cu cea financiară pentru activitățile execuție pod.

Separat de faptul că nu au fost formulate critici concrete nici prin contestație, nici prin concluzii scrise, Consiliul reține că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a invocat existența următoarele informații:

„Pod pe DC84A peste autostrada km 1+45” pag. 27 din 482 din fișierul „01 F 4A.I-II-III.pdf

- „Nod Dumbrava” pag 61 din 482 din fișierul „01 F 4A.I-II-III.pdf se detaliază activitățile aferente „Pod peste autostrada A3, pe Breteaua 1, la Nod A3”.

În cadrul propunerii financiare, Anexa 1 la Formularul nr. 7 - Listele de cantități, se regăsesc următoarele informații:

„ Centralizator (...)

2 LUCRĂRI DE PODURI 484.010.738,05

16.1 Pod peste autostrada A3 pe breteaua 1, la nord de A3 km 1+157

84.206.449,48

16.2 Pod pe breteaua 3 la nord de A3 KM 0+678 14.582.201,17

16.3 Pod peste DJ101F si CF804 km0+000 165.020.423,43

16.4 Pod peste valea Vitmanu km 1-036 10.090.999,48

16.5 Pod pe DC 84A peste autostrada km 1+457 10.994.652,20

Totodată, în cadrul anexei nr. 1 la formularul nr. 7, sunt detaliate toate listele de cantități, inclusiv listele nr. 16.1, 16.3 și 16.5, în conformitate cu modelul de Liste de cantități puse la dispoziție în cadrul documentației de atribuire.

Analizând propunerea tehnică și financiară a constată că sunt corecte cele susținute de achizitoare, în sensul că au fost detaliate activitățile și subactivitățile pentru poduri, fiind eronate susținerile contestatoarei. În detalierea listelor de cantități sunt cuprinse și subactivitățile pentru fundație, iar în graficul de execuție sunt evidențiate pe zile subactivitățile, între care și cele de fundații piloți.

În privința criticilor aduse ofertei asocierii ... reține că acestea sunt lipsite de interes, oferta acestei asocieri fiind respinsă prin raportul procedurii de atribuire nr. 34/4310/18.04.2022 (pag. 44/47). Astfel, nu ar profita în vreun fel asocierii ...L stabilirea unor alte motive de respingere pentru suplimentare celor din raport.

În considerarea celor prezentate vor fi respinse, ca nefondate, capetele de cerere referitoare la evaluarea ofertei asocierii Impresa Pizzarotti și, ca lipsite de interes, pe cele referitoare la evaluarea ofertei asocierii din contestația asocierii

Fiind respinsă contestația, va fi admisă cererea de intervenție.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondate, capetele de cerere în referire la evaluarea ofertei asocieri....și, ca lipsite de interes, capetele de cerere în referire la evaluarea ofertei din contestația formulată de asocieria prin liderul asocierii

cipiu cererea de intervenție formulată de asocieria Impresa și o admite.

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

Redactată în 5 exemplare, conține 29 pagini.